Mededingingsrechtelijke analyse van de werkzaamheden van het Nederlands Forensisch Instituut

Onderzoek voor de Commissie Winsemius in opdracht van het WODC van het Ministerie van Veiligheid en Justitie

Universiteit Utrecht

4 juli 2013

Prof.mr. Annetje Ottow
Dr.mr. Anna Gerbrandy
Prof.mr. Bart Hessel
Prof.mr. Elisabetta Manunza
Arne Mombers

Inhoudsopgave

Hoofdstuk 1 – Inleiding

1.1 Aanleiding onderzoek

In het algemeen overleg van 18 december 2012 over de toekomstige inrichting van het forensisch onderzoek deed de minister van Veiligheid en Justitie een aantal toezeggingen aan de Tweede Kamer.[1] Een van deze toezeggingen is het bekijken of en zo ja in hoeverre het Nederlands Forensisch Instituut (hierna 'NFI') de ruimte geboden kan worden om meer dan nu het geval is te werken voor (commerciële) derden. Besloten is de mededingingsrechtelijke ruimte die hiervoor aan het NFI wordt geboden en de risico's die aan dergelijke activiteiten verbonden kunnen zijn nader te onderzoeken.

Op 18 maart ontvingen wij het verzoek een offerte uit te brengen voor een mededingingsrechtelijk onderzoek naar de activiteiten van het Nederlands Forensisch Instituut (NFI). De offerte is uitgebracht op 25 maart 2013. Het eindrapport van dit onderzoek dient als input voor het advies van de commissie Winsemius – een onafhankelijke commissie ingesteld door de minister van V&J – dat zal zien op de toekomst van de Nederlandse markt voor forensisch onderzoek en de rol van het NFI hierin.

1.2 Onderzoeksvragen

In de *Regeling van de Minister van Veiligheid en Justitie d.d. 8 mei 2012, nr. 227774, houdende bepalingen inzake de taakopdracht van het Nederlands Forensisch Instituut (regeling taken NFI),*[2] zijn de taken vastgelegd, die het NFI moet en kan leveren. Naast zijn kerntaken, mag het NFI onder nader door de minister vastgestelde voorwaarden in beperkte mate diensten aan derden aanbieden. Dit kan bestaan uit het aanbieden van trainingen aan 'first responders' zoals brandweer- en ambulancepersoneel in het omgaan met (bewijs)materiaal op een plaats delict. De vraag is of het NFI zijn diensten breder commercieel mag gaan inzetten door diensten aan te bieden aan commerciële derden. De adviesaanvraag heeft met name betrekking op deze commerciële activiteiten.

Het WODC omschrijft de twee kernvragen als volgt:

1. *Welke mededingingsrechtelijke ruimte biedt de bestaande wet- en regelgeving het NFI om aan commerciële derden diensten of producten te leveren?*

2. *Welke mededingingsrechtelijke risico's zijn verbonden aan het leveren van producten en diensten door het NFI aan commerciële derden?*

Deze vragen dienen zowel aan het Europeesrechtelijk kader als het Nederlandse wettelijke kader te worden geanalyseerd. Voor het Europees recht gelden de mededinging- en staatssteunregels op grond van Europese verdragen. Voor het Nederlands recht geldt de Mededingingswet, inclusief de regels van de Wet Markt en Overheid. Deze twee regimes zijn naast elkaar van toepassing. Inachtneming van het Nederlandse wettelijke kader garandeert nog geen overeenstemming met het Europese recht.

[1] TK 33400 VI, nr. 88.
[2] Staatscourant 2012, nr. 9592, 18 mei 2012.

Het onderzoek zal zich met name toespitsen op de vraag onder welke *randvoorwaarden* het NFI diensten aan de commerciële derden mag leveren. De randvoorwaarden die worden gesteld aan de activiteiten door het NFI, door zowel het Europese als het Nederlandse mededingings- en staatssteunrecht, zullen nader worden geanalyseerd.

Gezien de samenhang tussen de kerntaken en de overige activiteiten van NFI, is het voor de mededingingsrechtelijke beoordeling onvermijdelijk deze onderlinge samenhang in de analyse te belichten en in de risicoanalyse deze samenhang te betrekken. Aangezien de diensten die het NFI als commerciële diensten zou aanbieden, voortbouwen op de reeds bestaande diensten en daarmee onlosmakelijk verbonden zijn, zal in dit rapport naar het totale pakket van diensten van het NFI worden gekeken. Het rapport ziet niet op diensten die het NFI in samenwerking met (private danwel publieke) partijen aanbiedt. Ook aanbestedingsrechtelijke aspecten blijven in dit rapport buiten beschouwing.

1.3 Onderzoeksteam

De onderzoekers van de Universiteit Utrecht zijn allen aangesloten bij het Europa Instituut. Het onderzoeksteam bestaat uit professor Annetje Ottow, dr. Anna Gerbrandy, professor Bart Hessel, professor Elisabetta Manunza en Arne Mombers. Zie Bijlage I voor een introductie van de leden van het onderzoeksteam.

1.4 Leeswijzer en totstandkoming rapport

1.4.1 Indeling onderzoeksrapport

Dit onderzoeksrapport bestaat uit vijf delen. Na de inleiding wordt in het tweede deel (H2) het feitelijk en juridisch kader van het NFI geschetst, waarin onder andere de forensische markt in den brede en het wettelijk kader, de taken en de financiering van het NFI worden behandeld. Het derde deel (H3, H4 en H5) vormt een uiteenzetting van het mededingingsrechtelijke, juridisch kader met een hoofdrol voor de begrippen en regelingen die van toepassing kunnen zijn voor het NFI. Zo wordt de vraag behandeld wanneer een entiteit onder het mededingingsrechtelijke regime is te plaatsen, wat onder 'diensten van algemeen economisch belang' moet worden verstaan en welke invloed dit heeft op de toepassing van nationale en Europese mededingingsregels. In het vierde deel (H6, H7 en H8) wordt de toepassing van het mededingingsrechtelijke regime op activiteiten van het NFI systematisch uiteen gezet. De conclusie van het onderzoeksrapport en de beantwoording van de onderzoeksvragen (H9) vormt het vijfde en laatste deel van het onderzoeksrapport.

1.4.2 Bronnen

Voor het onderzoeksrapport werd gebruik gemaakt van verschillende soorten bronnen. In de verkennende fase van het onderzoek lag na een korte inventarisatie van toepasselijke mededingingsrechtelijke regels de prioriteit bij het vaststellen van de feiten. De informatie waarop deze is gebaseerd, komt voornamelijk voort uit gesprekken met het Ministerie van V&J en het NFI. Daarnaast werd gebruik gemaakt van gegevens van twee recent verschenen onderzoeken uitgevoerd door Tilburg Institute for Law, Technology, and Society (TILT) en Pro Facto. Deze onderzoeken zijn verschenen in respectievelijk 2010 en 2012 en waren, evenals onderhavig onderzoek, uitgevoerd in opdracht van het WODC van het Ministerie van V&J. Aanvullende

informatie over de forensische markt in den brede en het NFI en andere aanbieders van forensische diensten in bijzonder is afkomstig van (online) publiek beschikbare bronnen. De uiteindelijke versie van het feitelijk kader (H2) is door zowel het Ministerie van V&J als door het NFI op onjuistheden en inconsistenties gecontroleerd.

Voor het ontwerp van het mededingingsrechtelijke kader en toepassing van dit kader op de activiteiten van het NFI werd gebruik gemaakt van academische literatuur en Europese en Nederlandse regelgeving en bijbehorende rechtspraak. Ook zijn verschillende leidraden gehanteerd, zoals de Handreiking Wet Markt en Overheid en de vernieuwde DAEB-gids van de Europese Commissie. Daarnaast is, ter ondersteuning en begeleiding van de tekst in het onderzoeksrapport, in Bijlage II een beslisschema opgenomen.

1.4.3 Tijdspad

Met oog op de toezeggingen van de minister van V&J aan de Tweede Kamer en de deadlines van het onderzoek door de Commissie Winsemius, waren de onderzoekers in onderhavig rapport genoodzaakt het onderzoek in een relatief korte periode te verrichten. Dit heeft tot gevolg dat een en ander slechts op hoofdlijnen is geanalyseerd en niet in detail op alle diensten van het NFI kon worden ingegaan. De daadwerkelijke feitelijke toetsing van alle activiteiten van het NFI aan het geschetste juridische kader dient in een later stadium verder te worden uitgewerkt en getoetst.

Het onderzoek is gestart op 2 april 2013. Op 29 april zijn de eerste bevindingen aan de Begeleidingscommissie toegezonden. Op 2 mei 2013 zijn de eerste bevindingen van het onderzoek besproken met de Begeleidingscommissie, bestaande uit professor Maarten Pieter Schinkel (voorzitter), Henk van der Veen (namens het WODC) en Brenda Mooijman-Venema (NFI-accountmanager van het Ministerie van V&J).

De uiterlijke datum van een eerste conceptversie van het onderzoeksrapport aan de Commissie Winsemius werd gesteld op 15 mei 2013. Het onderhavige onderzoeksrapport werd afgerond en ingediend op 5 juli 2013.

Hoofdstuk 2 – Feitelijk en juridisch kader NFI

2.1 Inleiding

In dit onderzoek wordt bekeken welke mededingingsrechtelijke ruimte aan het Nederlands Forensisch Instituut ('NFI') wordt geboden voor het aanbieden van diensten of producten aan commerciële derden en welke mededingingsrechtelijke risico's hieraan verbonden zijn. Een feitelijk kader met betrekking tot de werkzaamheden op en de vorm van de forensische markt is bij de beantwoording van deze onderzoeksvraag onmisbaar. Het is immers op deze feiten dat bepaalde Europese en/of Nederlandse rechtsregels (H3, H4 en H5) – mogelijk – worden toegepast (H6, H7 en H8), waarna conclusies worden getrokken (H9). Hieronder wordt daarom allereerst kort ingegaan op de markt voor forensisch onderzoek in het algemeen en de positie van het NFI en enkele concurrenten in het bijzonder (par. 2.2). Vervolgens worden de geschiedenis, het wettelijke kader, de juridische kwalificatie en de organisatiestructuur kort behandeld (par. 2.3-2.4) en wordt stilgestaan bij het takenpakket van het NFI (par. 2.5). Daarna worden de – voor de mededingingsrechtelijke analyse – meest belangrijke aspecten van de financiering van het NFI (par. 2.6) en de kwaliteitsbewaking (par. 2.7) uit- en toegelicht. Afgesloten wordt met een korte conclusie.

2.2 Forensisch-technisch onderzoek

2.2.1 Algemeen

Forensisch onderzoek beoogt de rechtspraak ten dienst te staan door de waarheidsvinding in strafrechtelijk onderzoek te bevorderen. [3] Hiertoe wordt gebruik gemaakt van een breed scala aan technische en (natuur)wetenschappelijke methoden, technieken en expertisegebieden. Het resulterende forensisch-technisch bewijs neemt in strafrechtzaken een toenemend belangrijke rol in. Belangrijke redenen hiervoor zijn gelegen in de verschillende technologische ontwikkelingen, bijvoorbeeld DNA-onderzoek waardoor steeds meer informatie uit humane biologische sporen kan worden verkregen. Gebleken is dat ook deze technieken faalbaar zijn, of dat verkeerde conclusies aan de uitkomsten kunnen worden verbonden. Hier tegenover staat de aanzienlijke rol die dergelijk onderzoek heeft gespeeld bij het bewijsvraagstuk in talloze strafrechtelijke zaken. Door dit laatste gegeven zijn strafrechtjuristen geneigd dergelijke vormen van 'hard bewijs' zwaar te wegen bij de beoordeling van een zaak.

In Nederland wordt forensisch onderzoek in strafzaken vrijwel uitsluitend uitgevoerd door het NFI. Er is echter geen sprake van een wettelijk monopolie; de positie van het NFI op de markt voor forensisch onderzoek is historisch gegroeid. Dit komt met name door de voorkeur van het OM en de politie om producten en diensten van het NFI af te nemen, wat volgens de betrokken partijen tot een succesvolle langdurige en intensieve samenwerkingsrelatie heeft geleid. Deze 'preferente positie' van het NFI in vergelijking met alternatieve aanbieders van forensisch onderzoek is grotendeels geworteld in de gehanteerde financieringsstructuur (waarover meer in par. 2.6). Hierbij speelt ook de (inter)nationale gevestigde reputatie van het NFI als hoogwaardig en *all round* onderzoeksinstituut een belangrijke rol.

[3] Een vastomlijnde definitie van forensisch onderzoek ontbreekt. Zie eveneens Koops e.a., TILT, *Marktwerking in het forensisch onderzoek. Een veldverkenning*, WODC, 2010, p. 16; N. Struikema en H. Winter, Pro Facto, *Evaluatieonderzoek pilot 'uitbesteding forensisch onderzoek aan particuliere instituten'*, *Bekend maakt bemind*, 2012, p. 1.

De markt is echter aan verandering onderhevig: in het afgelopen decennium heeft een toenemend aantal onderzoeksinstituten zichzelf op de markt gepositioneerd en geprofileerd. De opkomst van deze instellingen kan worden verklaard door een toenemende en dynamische vraag naar forensisch-technische producten en diensten. Te denken valt aan DNA-onderzoek, waar naast de vraag door het OM en de politie ook commerciële belangstelling voor is, zoals in het kader van afstammingsonderzoek. Een ander voorbeeld is digitaal onderzoek, wat behalve in sterk toenemende mate in strafzaken, ook een rol speelt in preventieve sfeer en gegevensbeveiliging. Daarnaast werkt de overheids-afhankelijke positie van het NFI – doordat de kring van afnemers beperkt is tot overheidsorganisaties – een toenemend aanbod van alternatieve aanbieders in de hand. Hetzelfde geldt voor het gecodificeerd recht in strafzaken op onafhankelijk tegenonderzoek (ook wel 'contra-expertise'). Bovendien kan er behoefte bestaan aan bepaalde zeer specialistische expertise die het NFI niet in huis heeft.

2.2.2. Marktwerking in forensisch onderzoek – veldverkenning, pilot en evaluatie

Met oog op bovengenoemde veranderingen in de markt voor forensisch onderzoek werd in oktober 2008 in de vaste commissie van Veiligheid en Justitie aandacht gevraagd voor de positie van particuliere forensisch-onderzoeksinstellingen die hun diensten aanbieden in de strafrechtketen.[4] In zijn brief van 29 juni 2009 gaf de Minister van Justitie in reactie hierop aan de preferente positie van het NFI te willen behouden. Zo gaf hij aan dat de samenhang tussen de kerntaken van het NFI (par. 2.5.2) en de resulterende 'kwaliteit, veiligheid van informatie en continuïteit van de beschikbaarheid van forensisch onderzoek […] essentiële randvoorwaarden [zijn] voor het goed functioneren van de strafrechtketen'.[5]

Verder verkennend onderzoek werd uitgevoerd door de Universiteit Tilburg (Tilburg Institute for Law, Technology, and Society – TILT) en werd afgerond in augustus 2010.[6] In het omvangrijke eindrapport wordt het landschap van de forensische markt in Nederland in kaart gebracht en geven de onderzoekers weer hoe de actoren in de markt (politie, justitie, wetenschappers en aanbieders van forensisch onderzoek) aankijken tegen marktwerking. Tot de algemene conclusies van het rapport behoort de constatering dat er weliswaar verschillende aanbieders op de markt voor forensisch onderzoek opereren, maar dat van 'marktwerking' slechts in beperkte mate gesproken kan worden. De forensische markt staat hier volgens de onderzoekers echter wel grotendeels voor open. TILT concludeert dat voor een succesvolle introductie van marktwerking de kwaliteit van de aanbiedende partijen door een 'integraal stelsel van kwaliteitborgingsinstrumenten' moet worden gewaarborgd en de invoering van marktwerking op zorgvuldige wijze moet gebeuren.[7]

De minister van V&J zag echter aanleiding om onderzoek te laten verrichten naar de positie van particuliere instituten op de markt voor forensisch onderzoek. Dit voornemen resulteerde in een tweejarig proefproject – de 'pilot' – waar een geldbedrag van €3,5 miljoen beschikbaar werd gesteld voor forensisch onderzoek door andere instituten dan het NFI. Uiteindelijk werd €2,2 miljoen van dit bedrag via de Landelijke Toetsingscommissie ('LTC') door het OM, de politie en de advocatuur

[4] TK 2008/2009, 31700 VI, nr. 81.
[5] TK 2008/2009, 31700 VI, nr. 150.
[6] Koops e.a., TILT, *Marktwerking in het forensisch onderzoek. Een veldverkenning*, WODC, 2010; N. Struikema en H. Winter, Pro Facto, *Evaluatieonderzoek pilot 'uitbesteding forensisch onderzoek aan particuliere instituten'*, *Bekend maakt bemind*, 2012, hierna: TILT (2010).
[7] TILT (2010), p. 100.

benut.[8] In december 2012 heeft de minister van Veiligheid en Justitie tijdens het algemeen overleg over het forensisch onderzoek toegezegd dat de pilot met de inschakeling van particuliere forensische instituten in 2013 zou worden voortgezet.

Naast deze geldelijke stimulans voor de inschakeling van alternatieve onderzoeksinstellingen kreeg het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (‘WODC’) de opdracht i) een veldverkenning te initiëren van de te verwachten (neven)effecten van een toename van marktwerking, en ii) de resultaten van de pilot te evalueren.

Het evaluatieonderzoek van de pilot werd uitgevoerd door Pro Facto, een onderzoeks-advies-onderwijs-instituut verbonden aan de Rijksuniversiteit Groningen. Pro Facto concludeerde dat de pilot slechts een zeer beperkte mate van marktwerking genereerde. De markt werd niet ‘geopend’ omdat moest worden voldaan aan een aantal criteria met de overheid als financier en het NFI slechts onder bepaalde zeldzame omstandigheden concurrentie van andere aanbieders kon verwachten.[9] Ook de inherente tijdelijke aard van de pilot en de controle door de LTC op uitgaven van het budget maakte zuivere marktwerking en anticipatie hierop door alternatieve aanbieders onmogelijk. De pilot maakte overigens ook duidelijk dat met betrekking tot bepaalde producten wel een markt voor forensisch onderzoek bestaat; met name voor DNA-onderzoek werden afnemers in staat gesteld te schakelen tussen een aantal aanbieders die gelijkwaardig forensisch onderzoek kunnen leveren. Volgens de evaluatie waren de ervaringen met de particuliere instituten over het algemeen positief.

Met oog op de uitgebreide analyse van de markt voor forensisch onderzoek en de publieke beschikbaarheid van de eindrapporten, worden in onderhavig onderzoek enkele relevante bevindingen overgenomen, uiteraard met verwijzing.

2.2.3 Concurrentie op de markt voor forensisch onderzoek

2.2.3.1 NFI als grootste marktpartij

Alternatieve aanbieders kunnen in verschillende categorieën worden onderverdeeld. Zo zijn zowel universitaire/HBO-instituten, particuliere onderzoeksinstellingen en, in beperkte mate, (semi-) overheidsinstellingen zoals TNO en het RIVM op de markt actief. Sommige van deze aanbieders zijn sterk gespecialiseerd, andere beschikken over een breed instrumentarium voor uiteenlopende forensische diensten. Met name het aanbieden van een breed dienstenpakket wordt voor sommige aanbieders mogelijk gemaakt door de samenwerking met andere (buitenlandse) onderzoeksinstituten.

Voordat het feitencomplex van het NFI wordt geschetst, lijkt een kort overzicht van alternatieve aanbieders op zijn plaats. Daarom wordt hieronder een niet-uitputtend aantal marktspelers benoemd die zich evenals het NFI primair met forensisch onderzoek bezighouden.[10] Let wel, de onderzoekers betrokken bij de samenstelling van het TILT-rapport maakten in 2010 de inschatting dat 99% van al het forensisch-technisch onderzoek wordt uitgevoerd door het NFI.[11] Onderstaand overzicht moet met dit percentage in het achterhoofd worden gelezen.

---

[8] N. Struikema en H. Winter, Pro Facto, *Evaluatieonderzoek pilot ‘uitbesteding forensisch onderzoek aan particuliere instituten’*, *Bekend maakt bemind*, 2012, p. 56, hierna Pro Facto (2012).
[9] Pro Facto (2012), p. 66-69.
[10] Geparafraseerd overgenomen van TILT (2010), p. 28-31.
[11] TILT (2010), p. 32.

2.2.3.2 Forensisch Laboratorium voor DNA Onderzoek (FLDO)

FLDO[12] is onderdeel van het Leids Medisch Centrum en voert hoofdzakelijk DNA-onderzoek uit. Het laboratorium is opgericht in 1994 op verzoek van toenmalige Ministerie van Justitie. Reden hiervoor was onder meer de nieuwe wettelijke mogelijkheid om tegenonderzoek (contra expertise) te laten uitvoeren door een ander instituut dan het NFI. Voor dit onderzoek is het laboratorium van het FLDO dan ook geaccrediteerd.

2.2.3.3 The Maastricht Forensic Institute (TMFI)

TMFI[13] is een onafhankelijk forensisch instituut voor wetenschappelijk en forensisch-technisch onderzoek. De oprichting verliep in samenwerking met Maastricht University en DSM Resolve op 1 mei 2008, met financiële steun van de Europese Commissie en de Provincie Limburg. Op 16 oktober 2008 is Fox-IT (zie onder) tot het TMFI toegetreden. Het TMFI is geaccrediteerd voor DNA-onderzoek en voor chemisch en materiaalonderzoek maar biedt daarnaast nog een klein dozijn andere diensten aan.[14] Opdrachtgevers zijn politie, justitie en advocatuur. Naast forensisch onderzoek en wetenschappelijke projecten wordt ook onderwijs aangeboden op bachelor-, master-postacademisch (professioneel) niveau.

2.2.3.4 Verilabs

Verilabs[15] is in 2001 opgericht en werkt samen met een aantal (buitenlandse) forensische onderzoeksinstellingen. Verilabs biedt diensten aan voor zowel de strafrechtketen als daarbuiten. Bij het laatste kan gedacht worden aan DNA-onderzoek voor consumenten ter vaststelling van natuurlijk ouderschap en opdrachten afkomstig van zakelijke en wetenschappelijke professionals. Het aangeboden dienstenpakket is, op het oog, veelzijdig.

2.2.3.5 Forensicon

Forensicon[16] is een particulier forensisch instituut en verricht forensische werkzaamheden voor particuliere en justitiële opdrachtgevers. Daarnaast biedt Forensicon cursussen en ander onderwijs aan, bijvoorbeeld, particuliere rechercheurs.

2.2.3.6 Independent Forensic Services (IFS)

IFS[17] is opgericht in 2003 en voert onderzoek uit in verschillende landen waaronder Nederland, de Verenigde Staten, Zuid Amerika, het Verenigd Koninkrijk en Australië. Het IFS is geaccrediteerd voor DNA-onderzoek en voert 'bij voorkeur' onderzoek uit voor politie en justitie.[18]

2.2.3.7 Fox-IT

Fox-IT is in 1999 op gericht, is actief in Nederland, het Verenigd Koninkrijk en de Antillen en werkt samen met partners in 'meer dan 20 landen'.[19] Diensten van Fox-IT zijn gericht op het gebied van cyberbeveiliging en cyberdefensie, zowel met betrekking tot preventie als detectie. Fox-IT werkt

---

[12] http://www.humgen.nl/fldo/, geraadpleegd op 19 april 2013.
[13] http://www.tmfi.nl/, geraadpleegd op 19 april 2013.
[14] Uit TILT (2010) blijkt dat in de praktijk is het aantal forensisch-technisch onderzoeken beperkt is: de geleverde diensten bestaan met name uit spraakonderzoek. Toxicologisch onderzoek en DNA-onderzoek komen in zeer beperkte mate voor, respectievelijk eens per maand en 3 in totaal tot 2010, TILT (2010), p. 30.
[15] www.verilabs.nl, geraadpleegd op 19 april 2013.
[16] http://www.forensicon.nl/, geraadpleegd op 19 april 2013.
[17] http://www.forensic-services.nl/, geraadpleegd op 19 april 2013.
[18] Zie TILT (2010), p. 30.
[19] https://www.fox-it.com/nl/, geraadpleegd op 19 april 2013.

voornamelijk in opdracht van private partijen. Opdrachten voor de overheid zien met name op het leveren van preventieve diensten.

2.3 Geschiedenis NFI

Het NFI in zijn huidige hoedanigheid is ontstaan in 1999 door de fusie van het Laboratorium voor Gerechtelijke Pathologie (1951) en het Gerechtelijk Laboratorium (1945).[20] De snelle ontwikkeling van forensische onderzoeksgebieden en -terreinen en het toenemend belang van forensisch bewijsmateriaal in de strafrechtketen resulteerde in een opschaling van Nederlands forensisch onderzoek. Deze trend zette zich voort door onder andere de invoering van bloedalcohol-onderzoeken bij rijden onder invloed en de grote sprongen in de ontwikkeling van DNA-onderzoek. Vandaag de dag beschikt het NFI over een omvangrijk aantal onderzoeksgebieden.

2.4 Wettelijk kader, juridische kwalificatie en organisatiestructuur NFI

2.4.1 Wettelijk kader NFI

Het NFI is niet bij wet ingesteld, al wordt het NFI wel in specifieke wet- en regelgeving als bevoegd onderzoeksinstituut aangewezen.[21] De formele juridische basis van het NFI wordt gevormd door de Regeling Taken NFI, die de oude Taakbeschikking NFI op 18 mei 2012 verving.[22] Zoals blijkt uit de toelichting van de Regeling, strekt deze ertoe 'nadere regels te stellen omtrent de taken van het NFI en de voorwaarden waaronder het NFI zijn taken dient te verrichten' (par. 2.5). Daarnaast geeft de Regeling inzicht in de uitputtende lijst betalende en niet-betalende afnemers van de diensten en producten van het NFI en wordt kort ingegaan op de financieringsstructuur van het NFI (par. 2.6).

2.4.2 NFI als baten-lastendienst

Met ingang van 1 januari 2004 is aan het NFI de status van baten-lastendienst verleend, als bedoeld in artikel 10, eerste lid, van de Comptabiliteitswet 2001. Het Koninkrijk der Nederlanden telt in totaal ruim 40 baten-lastendiensten, waarvan de werkwijze op een aantal punten verschilt van andere dienstonderdelen van ministeries. Zo beoogt een baten-lastendienst het overheidsbeleid zo efficiënt mogelijk uit te voeren, beschikt de baten-lastendienst over een eigen begroting en financiële administratie, worden tussen de opdrachtgever en baten- en lastendienst vooraf afspraken gemaakt over de kwaliteit, kwantiteit en prijs van diensten en producten en kunnen kosten direct aan het geleverde worden gekoppeld.[23]

Het instellen van het NFI als baten-lastendienst komt voort uit de ratio dat er een collectief belang gemoeid is met de taak van het NFI. Daarnaast wordt 'de wenselijkheid van een resultaatgericht besturingsmodel' als argument genoemd voor interne verzelfstandiging.[24] Met oog op de onafhankelijke en neutrale positie van het NFI werd directe ministeriële verantwoordelijkheid echter wenselijk geacht, zodat de aanwijzing als baten-lastendienst de voorkeur genoot boven,

---

[20] http://www.nederlandsforensischinstituut.nl/over_het_nfi/organisatie/geschiedenis/, geraadpleegd op 19 april 2013.
[21] Zie bijvoorbeeld het Besluit DNA-onderzoek in strafzaken (27 augustus 2001, Stb 2001, 400) en Regeling bloed- en urineonderzoek (Regeling van 5 september 2005, Stcr. 28 september 2005, nr. 188, p. 11).
[22] Stcr. 2012, nr. 9592.
[23] http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/rijksoverheid/baten-lastendiensten, zoals geraadpleegd op 19 april 2013.
[24] Instellingsbesluit baten-lastendienst NFI, 19 december 2003, nr. 5259698/503.

bijvoorbeeld, de instelling van het NFI als zelfstandig bestuursorgaan. Sinds de instelling als baten-lastendienst in 2004 is de juridische positie van het NFI ongewijzigd gebleven.

2.4.3 Juridisch en politiek verantwoordelijken voor NFI

Als overheidsorganisatie valt het NFI voor de uitvoering van zijn taken onder de Staat der Nederlanden. De minister van V&J is direct ministerieel verantwoordelijk voor het NFI. In het instellingsbesluit[25] wordt de Secretaris-Generaal genoemd als ambtelijk eindverantwoordelijke en de directeur generaal Rechtspleging en Rechtshandhaving treedt op als gemandateerd eigenaar van het NFI. De opdrachtgever richting het NFI is de directeur Rechtsbestel. Deze rolverdeling is vastgelegd in het eigenaars- en opdrachtgeversconvenant. Deze documenten zijn niet openbaar gemaakt. De feitelijk opdrachtgevers van het NFI zijn hoofdzakelijk de politie en het OM.

Uit gesprekken met het ministerie van V&J en het NFI blijkt dat in de dagelijkse praktijk de relatie tussen beide als informeel en laagdrempelig kan worden getypeerd. Vanuit het ministerie is een accountmanager aangewezen die in regelmatig contact staat met het NFI. Daarnaast geschiedt de vaststelling en eventuele bijstelling van de Service Level Agreement (‘SLA’), afgesloten tussen het OM en de politie en het NFI in nauw overleg (zie ook par. 2.5.2 en 2.6.2). Ook vindt een dialoog plaats over toekomstgerichte aspecten van forensisch onderzoek, zoals het aanbod van nieuwe of gewijzigde producten en/of diensten en wordt de wenselijkheid van levering aan bepaalde (inter)nationale betalende afnemers besproken. Waar nodig worden ook andere ministeries bij overleg betrokken.

2.5 Taken NFI

2.5.1 Algemeen

De taken van het NFI zijn vastgelegd in de Regeling Taken NFI. Binnen dit takenpakket is onderscheid gemaakt tussen zogenaamde ‘kerntaken’ en ‘bijkomende taken’. Deze worden hieronder besproken.[26]

2.5.2 Kerntaken

In artikel 2 lid 1 Regeling Taken NFI is bepaald dat het NFI kerntaken levert aan het OM, de zittende magistratuur, de politie, de bijzondere opsporingsdiensten en het ministerie van V&J. De lijst met afnemers van kerntaken is uitputtend. De werkzaamheden van het NFI zien voor het overgrote deel op het uitvoeren van opdrachten voor deze overheidsgroepen. Dit blijkt ook uit de begroting van het NFI en de daaraan onlosmakelijk verbonden SLA die tussen het OM, de politie en het NFI jaarlijks wordt afgesloten.[27]

Zoals omschreven in artikel 1 lid 1 van de Regeling Taken NFI verricht of verzorgt het NFI drie kerntaken in opdracht van deze opdrachtgevers:

i) het verrichten van onafhankelijk forensisch zaakonderzoek op overwegend technisch, medisch-biologisch en natuurwetenschappelijk gebied en het ter zake daarvan uitbrengen van verslag (hierna ook: forensisch onderzoek);

[25] Instellingsbesluit baten-lastendienst NFI, 19 december 2003, nr. 5259698/503.
[26] Zie par. 2.5.5 voor een schematisch overzicht van de taken van het NFI.
[27] Vaststelling van de begrotingsstaten van het Ministerie van Veiligheid en Justitie voor het jaar 2013, TK 2012/2013, 33400 VI, nr.2.

ii) het ontwikkelen en implementeren van nieuwe onderzoeksmethoden en technieken ter bevordering van kennis op het gebied van forensisch onderzoek (hierna ook: Research&Development of R&D);

iii) het zijn van een (inter)nationaal kennis- en expertisecentrum op het gebied van het forensisch onderzoek.

2.5.2.1 Forensisch onderzoek

Het uitvoeren van forensisch zaakonderzoek vormt de hoofdactiviteit van het NFI. Resultaten van de onderzoeken worden vastgelegd in rapporten die vervolgens aan de opdrachtgevers worden verstrekt en, waar nodig, in de rechtszaal toegelicht. Het aanbod van beschikbare producten en diensten wordt gepresenteerd in 'Het forensisch boek'. In dit document wordt een overzicht gegeven van alle producten en diensten, inclusief toelichting, die door opdrachtgevers aangevraagd kunnen worden. Deze producten- en dienstencatalogus is online beschikbaar.[28]

In totaal beschikt het NFI over expertise afkomstig uit ruim 30 vakgebieden. De hieraan gekoppelde producten en diensten zijn ingedeeld in vier hoofdcategorieën:

1. Biologisch onderzoek – bijvoorbeeld onderzoek naar (menselijk) DNA, haar en bloed, forensische geneeskunde, toxicologie;
2. Digitaal en audiovisueel onderzoek – bijvoorbeeld de analyse van beeld- en geluidmateriaal, gegevens op elektronische apparaten;
3. Interdisciplinair onderzoek – het combineren van resultaten van verschillende vakgebieden en de hiervoor vereiste specifieke expertise;
4. Stof- en voorwerponderzoek – bijvoorbeeld chemische profilering, onderzoek naar wapens, munitie en schotresten en analyse van kras-, indruk- en vormsporen.

2.5.2.2 Research&Development

Activiteiten onder de kerntaak R&D bestaan hoofdzakelijk uit het 'ontwikkelen van nieuwe methoden en technieken', zowel voor eigen gebruik als in opdracht van de hierboven genoemde opdrachtgevers.[29] Een deel van R&D vindt plaats in de directe context van een onderzoek in opdracht van opdrachtgevers. Door zijn prominente rol in forensisch onderzoek is het NFI goed geplaatst voor het opzetten van aandachtsgebieden op terreinen voor wetenschappelijke of maatschappelijke ontwikkelingen en vervult daarmee een richtinggevende rol in de markt.[30]

2.5.2.3 Kennis- en expertisecentrum

De kerntaak waarbij het NFI dient te fungeren als (inter)nationaal kennis- en expertisecentrum beslaat, volgens de toelichting op de Regeling Taken NFI, drie aandachtsgebieden.

Allereerst komt het NFI een rol van kennis- en informatiecentrum toe, met name voor de door het NFI bestreken deskundigheidsgebieden.

Ten tweede helpt het NFI bij 'het overdragen van kennis aan en het bevorderen van deskundigheid van het openbaar ministerie, de politie, de zittende magistratuur en het ministerie'. Deze taak ziet met name op het voorbereiden van deze overheidsorganen op onderzoek uitgevoerd door het NFI en de bespreking en/of toelichting van de resultaten. Voorbeelden zijn door het NFI aan

---

[28] Via http://www.nederlandsforensischinstituut.nl/forensisch_onderzoek/producten_en_dienstencatalogus/index.aspx, zoals geraadpleegd op 20 april 2013.

[29] Toelichting op de Regeling Taken NFI.

[30] Zie ook de toelichting op de Regeling Taken NFI.

de afnemers van kerntaken aangeboden trainingen in het interpreteren van een NFI-rapport en in het omgaan met bewijsstukken op een plaats delict.

Ten derde dient het NFI een bijdrage te leveren aan de beleidsvoorbereiding en de toetsing op uitvoerbaarheid van wetgeving op het terrein van de rechtshandhaving en de criminaliteitsbestrijding.

Door vele jaren ervaring met veelzijdig en grootschalig onderzoek beschikt het NFI in vergelijking met alternatieve aanbieders over een breed kennis- en expertiseportfolio.

2.5.2.4 Tegenonderzoek door het NFI

Naast de drie genoemde kerntaken brengt het recht op tegenonderzoek in strafzaken met zich mee dat het NFI in sommige gevallen is gehouden tot het uitvoeren van een dergelijk onderzoek. Dit komt voor indien in een eerdere fase van het onderzoek beroep is gedaan op een ander onderzoeksinstituut dan het NFI. In dat geval kan de verdediging een verzoek tot tegenonderzoek richten aan de officier van justitie of de rechter-commissaris. Na toekenning van het verzoek vindt het tegenonderzoek bij het NFI kosteloos plaats. De verdediging kan er ook voor kiezen zich rechtstreeks – zonder tussenkomst van de officier van justitie of de rechter-commissaris – tot het NFI te wenden voor het uitvoeren van tegenonderzoek. In dat geval worden de kosten in rekening gebracht bij de verzoekende partij.[31]

2.5.3 Bijkomende taken

Naast de kerntaken is aan het NFI in artikel 1 lid 2 Regeling Taken NFI een aantal bijkomende taken opgedragen. Deze bepalen dat het NFI ook producten of diensten kan leveren indien sprake is van:

- i) een activiteit die in het verlengde ligt van de kerntaken, bedoeld in het eerste lid, en een onlosmakelijke samenhang heeft met de waarheidsvinding in strafzaken;
- ii) een activiteit die bijdraagt aan de handhaving van de (inter)nationale rechtsorde of veiligheid en waarvan het om redenen van kwaliteit, zorgvuldigheid, doelmatigheid, continuïteit of herkenbaarheid wenselijk is dat het NFI deze verricht;
- iii) ondersteuning bij de hulpverleningstaak van de politie, bedoeld in artikel 2 van de Politiewet 1993.

De afnemers van deze producten of diensten zijn per bijkomende taak uitputtend opgenomen in artikel 2 lid 2, 3 en 4 van de Regeling Taken NFI.

2.5.3.1 Artikel 1 lid 2 onder a – 'In het verlengde van de kerntaken'

Afnemers van de eerste bijkomende taak van het NFI zijn Nederlandse en buitenlandse overheidsorganisaties, de advocatuur, artsen en geneeskundigen en de brandweer- en ambulancedienst. Bij de uitoefening van deze bijkomende taak kan worden gedacht aan activiteiten als het geven van cursus aan brandweer en ambulance, die – evenals de opdrachtgevers van kerntaken zoals politie – in hun officiële hoedanigheid geregeld een plaats delict moeten betreden. Een ander voorbeeld is het trainen van advocaten in het lezen van NFI-rapporten.

Aangezien onder 'overheidsorganisatie' kan worden verstaan het Rijk, de provincies, de gemeenten, de waterschappen en de zelfstandig bestuursorganen die een publiekrechtelijke status

[31] Zoals opgemerkt gelden voor DNA-onderzoek en bloedonderzoek bij rijden onder invloed specifieke op de wet gebaseerde uitvoeringsregelingen.

hebben, worden op de website van het NFI ook cursussen aan universiteiten en hogescholen aangeboden (o.a via de website van het NFI) .[32]

2.5.3.2 Artikel 1 lid 2 onder b – 'Handhaving (inter)nationale rechtsorde'

In het belang van de handhaving van de (inter)nationale rechtsorde kan het NFI door zijn gevestigde reputatie ook diensten leveren aan Nederlandse en buitenlandse overheidsorganisaties en intergouvernementele organisaties. Binnen deze taak vallen bijvoorbeeld opdrachten voor de Immigratie en Naturalisatie Dienst en beeld- en geluidonderzoek voor VN-Tribunalen.

2.5.3.3 Artikel 1 lid 2 onder c – Ondersteuning hulpverleningstaak politie

De bijkomende taak van ondersteuning van de hulpverleningstaak van de politie kan bestaan uit 'het identificeren van slachtoffers na een ramp en het bijhouden van de DNA-databank voor vermiste personen voor het Korps landelijke politie diensten'.[33]

2.5.4 Overige taken

Ook buiten de taken van artikel 1 lid 1 van de Regeling Taken NFI kan de situatie zich voordoen dat de expertise van het NFI aangewend moet worden. In zulke gevallen zal, conform artikel 3 van dezelfde regeling dat ziet op geheel artikel 1, vooraf goedkeuring aan de minister van V&J moeten worden gevraagd.

[32] http://www.nederlandsforensischinstituut.nl/kenniscentrum/opleidingen_en_cursussen/cursusaanbod/ zoals geraadpleegd op 22 april 2013.

[33] Toelichting op de Regeling Taken NFI. De DNA-databank wordt niet gefinancierd uit de Service Level Agreement 2013.

2.5.5 Schematisch overzicht taken NFI

TAKEN NFI		AFNEMERS	
		*Niet-betalend**	*Betalend**
Kerntaken (art. 1 lid 1)**	a) het doen van forensisch zaakonderzoek; b) Research & Development; c) het bijhouden van databases en het geven van opleidingen.	*Ex artikel 2, lid 1*** OM, politie, bijzondere opsporingsdiensten, zittende magistratuur en ministerie van V&J **SERVICE LEVEL AGREEMENT**	*Ex artikel 4, lid 2*** Politie en OM indien sprake is van levering van producten of diensten die buiten de *Service Level Agreement* vallen
Kerntaken (art. 1 lid 1)**	Het uitvoeren van een verzoek tot tegenonderzoek indien in een eerdere fase van het onderzoek beroep is gedaan op een ander laboratorium dan het NFI[34]	Advocatuur met instemming van OM of rechter	Advocatuur zonder tussenkomst van OM of rechter
Bijkomende taken (art. 1 lid 2)**	a) een activiteit die in het verlengde ligt van de in art.1, eerste lid bedoelde kerntaken en een onlosmakelijke samenhang heeft met de waarheidsvinding in strafzaken;	-	*Ex artikel 2, lid 2*** Nederlandse en buitenlandse overheidsorganisaties, advocatuur, artsen en geneeskundigen en brandweer en ambulancedienst
Bijkomende taken (art. 1 lid 2)**	b) een activiteit die bijdraagt aan de handhaving van de (inter)nationale rechtsorde of veiligheid en waarvan het om redenen van kwaliteit, zorgvuldigheid, doelmatigheid, continuïteit of herkenbaarheid wenselijk is dat het NFI deze verricht;	-	*Ex artikel 2, lid 3*** Nederlandse en buitenlandse overheids- en intergouvernementele organisaties
Bijkomende taken (art. 1 lid 2)**	c) er sprake is van ondersteuning bij de hulpverleningstaak van de politie ex artikel 2, Politiewet 1993.	-	*Ex artikel 2, lid 4**:* Politie

* Zie par. 2.6.1
**Regeling Taken NFI

2.6 Financiering van forensisch onderzoek

2.6.1 Onderscheid ‘niet-betalende’ en ‘betalende’ afnemers

Voor het uitvoeren van de drie kerntaken ten behoeve van OM, zittende magistratuur (‘ZM’), politie, bijzondere opsporingsdiensten en het ministerie wordt het NFI gefinancierd door het ministerie van V&J. De bovengenoemde afnemers van producten en diensten binnen de SLA worden ook wel ‘niet-

[34] Zie voor voorwaarden p. 4 van de toelichting van de Regeling Taken NFI.

betalende klanten' genoemd. Voor klanten buiten de SLA brengt het NFI kosten in rekening. Deze afnemers worden 'betalende klanten' genoemd. Als OM, ZM, politie, bijzondere opsporingsdiensten en het ministerie diensten afnemen die de productieafspraken van de SLA te boven of te buiten (nieuwe dienst) gaan, dan is het NFI daar niet voor gefinancierd en kan daarvoor kosten in rekening brengen. In dat geval wordt de niet-betalende klant een betalende klant voor de extra dienst. Dit gebeurt alleen bij hoge uitzondering (bijvoorbeeld DNA verwantschapsonderzoek die de SLA te boven gaat).

De categorisatie van afnemers als betalend of niet-betalend kan enigszins verwarrend zijn, aangezien hierbij niet de hoedanigheid van de afnemers van belang is maar enkel of de dienst voor de afnemer binnen of buiten de Service Level Agreement met het NFI valt. Voor onderhavig onderzoek lijkt het echter beter deze termen te gebruiken om zo een omslachtiger terminologie te vermijden.

2.6.2 Niet-betalende afnemers – de *Service Level Agreement*

Voor de afnemers van producten of diensten binnen de SLA – OM, ZM, politie, bijzondere opsporingsdiensten en het ministerie – worden door het NFI normaal gesproken geen afzonderlijke kosten in rekening gebracht. Zoals blijkt uit de toelichting van de Regeling Taken NFI vindt de financiering door het ministerie plaats op basis van de gerealiseerde productie en worden aparte afspraken gemaakt voor eventuele onder- en overproductie door het NFI. Sinds 2009 worden deze afspraken jaarlijks in een SLA gegoten. In dit document, dat niet openbaar is, staan afspraken over de onderzoekscapaciteit (instroom, levertijd en diensten) van het NFI en de concrete afstemming hiervan op de vraag van de opdrachtgevers.

De SLA wordt tussen het NFI en politie en OM afgesloten, al kunnen ook de zittende magistratuur, het ministerie van V&J en de opsporingsdiensten als opdrachtgever binnen deze overeenkomst optreden.[35] Voor het leveren van producten of diensten die binnen de SLA vallen, worden door het NFI geen kosten in rekening gebracht. Vanzelfsprekend is dit wel het geval voor buiten de SLA afgenomen producten of diensten.[36]

Binnen de SLA worden de kosten toegerekend aan productgebieden op basis van integrale doorberekening van uurtarieven van medewerkers op basis van een kostprijsmodel. Hierbij wordt ingeschat dat de medewerker voor ongeveer 80% productief (uitvoering van opdrachten en kwaliteitsbewaking) is. Winstopslag wordt niet in rekening gebracht, alleen de integrale kosten. Daarnaast wordt, zoals ook blijkt uit de toelichting van de Regeling Taken NFI, de financiering door het ministerie toegekend op basis van de gerealiseerde productie. Overproductie wordt vergoed tegen de variabele kostprijs. Bij onderproductie wordt het verschil alleen vergoed tegen de vaste kosten. De SLA kan door deze doelmatigheidsprikkel ook achteraf worden bijgesteld. De tevredenheid van de opdrachtgevers wordt in opdracht van het NFI gemeten door middel van een klanttevredenheidsonderzoek. De resultaten van dit onderzoek worden besproken met de betrokken opdrachtgevers.

De meerjarige begroting van het NFI is weergegeven in de Vaststelling van de begrotingsstaten van het Ministerie van V&J voor het jaar 2013.[37] Hierin staat onderbouwd hoe het NFI gefinancierd

[35] Dit laatste gebeurt, in vergelijking met de frequente afname door OM en politie, echter sporadisch.
[36] Zie hiervoor par. 2.6.3.
[37] TK 2012/2013, 33400 VI, nr.2.

wordt door het ministerie van V&J voor de uitvoering van de SLA. De SLA is gelijk aan deze productieafspraken. De opbrengsten van derden zijn niet onderbouwd in de begroting.[38]

2.6.3 Betalende klanten – prijsbeleid

In zijn jaarplan van 2010 gaf het NFI aan producten en diensten aan betalende klanten te willen leveren. Dit zou voor het NFI immers bepaalde voordelen opleveren. Allereerst zou de afname door betalende klanten de kwetsbaarheid van kleine productgroepen kunnen beperken door de verbreding van de bestaande – gering bezette – capaciteit. Dit zou eveneens de kwaliteit van het voor de kerntaken uitgevoerde onderzoek kunnen verhogen. Hetzelfde argument voor volumevergroting zou in mindere mate ook gelden voor de kwaliteit van de overige aangeboden producten en diensten. Daarnaast wenste het NFI de budgetkortingen door het ministerie te compenseren door inkomsten van betalende klanten.

Op basis van artikel 4 van de oude Taakbeschikking en onder de voorwaarden genoemd in artikel 5 van het Eigenaarsconvenant mocht het NFI reeds werken voor betalende klanten. Echter, omdat deze oude Taakbeschikking verouderd was en er onduidelijkheden waren over de bijkomende taken die het NFI verrichtte die om nadere precisering vroegen, is een nieuwe regeling geschreven. In deze (nieuwe) Regeling Taken NFI wordt het werken voor betalende klanten explicieter beschreven. Deze groep betalende klanten is uitputtend opgesteld. Voor het in rekening brengen van kosten wordt het door de minister vastgestelde prijsbeleid uitgevoerd.

De prijsstelling voor betalende klanten bestaat uit i) de reële kosten en ii) een dekkende opslag voor de indirecte kosten (samen de integrale kostprijs). Bij de berekening van de reële kosten worden de kosten in rekening gebracht die het uitvoeren van een opdracht extra kost bovenop de gemaakte kosten voor de reeds bestaande opdrachten. Hierbij wordt uitgegaan van een terugkerend karakter van de extra kosten; bij de berekening worden de kosten voor uitbreiding van de infrastructuur meegenomen.

Voor standaardopdrachten is de bewerkingstijd bekend. Voor maatwerk wordt het aantal uren achteraf vastgesteld en in rekening gebracht. Het NFI verzekert dat afnemende klanten slechts betalen voor wat ze daadwerkelijk afnemen.

Uit de meerjarige begroting van het NFI (zie ook par. 2.6.2) blijkt dat de baten van betalende klanten, in 2011 totaal €5,4 miljoen, voortkomen uit diverse inkomsten waarvan een gedeelte betrekking heeft op onderzoek dat wordt verricht voor overheden buiten de justitiële keten. Zaakonderzoek genereert een deel van deze inkomsten, de andere helft is afkomstig van geboden onderwijs en R&D opdrachten.

2.7 Toekomstperspectief: commerciële activiteiten?

Hieronder volgen nog enkele punten die naar boven kwamen in de gesprekken met het NFI over mogelijke activiteiten voor commerciële derden, waarvan op dit moment geen sprake is, aangezien het NFI op dit moment geen producten of diensten aan commerciële partijen aanbiedt, doch uitsluitend aan overheidsorganisaties belast met een publieke taak, zulks conform de Regeling Taken NFI:

[38] In 2011 waren de totale baten (afgerond) €78,84 miljoen, waarvan €73,39 miljoen direct voortkwam uit de bekostiging van de kerntaken (93% van de totale baten). Zie Vaststelling van de begrotingsstaten van het Ministerie van Veiligheid en Justitie voor het jaar 2013, TK 2012/2013, 33400 VI, nr.2.

- In de basis zou het aanbieden van producten en diensten aan commerciële derden van vergelijkbare aard zijn als en in het verlengde liggen van de huidige activiteiten van het NFI. Enkel de kring van afnemers zou groter worden.
- Concurrentie op de markt voor commerciële afnemers zal waarschijnlijk met name aanwezig zijn op bulk en/of 'high potential' onderzoeksgebieden zoals DNA-onderzoek, digitaal onderzoek en opleidingen (aan universiteiten in binnen- en buitenland).
- Commerciële activiteiten zullen geen invloed hebben op de hoogte van de bijdrage door het ministerie van V&J, zoals overeengekomen in de SLA. Het is niet ondenkbaar dat volumevergroting door commerciële activiteiten de kosten van dergelijk onderzoek zou verminderen, wat zou betekenen dat de afnemers binnen de SLA een groter aantal producten en diensten kan afnemen voor hetzelfde bedrag.

Voor de duidelijkheid is de positie van de mogelijke toekomstige activiteiten voor commerciële derden ten opzichte van de huidige taken van het NFI in onderstaand schema verwerkt.

	TAKEN NFI	AFNEMERS	
		Niet-betalend*	***Betalend****
Kerntaken (art. 1 lid 1)**	a) het doen van forensisch zaakonderzoek; b) Research & Development; c) het bijhouden van databases en het geven van opleidingen.	*Ex artikel 2, lid 1*** OM, politie, bijzondere opsporingsdiensten, zittende magistratuur en ministerie van V&J **SERVICE LEVEL AGREEMENT**	*Ex artikel 4, lid 2*** Politie en OM indien sprake is van levering van producten of diensten die buiten de *Service Level Agreement* vallen
	Het uitvoeren van een verzoek tot tegenonderzoek indien in een eerdere fase van het onderzoek beroep is gedaan op een ander laboratorium dan het NFI[39]	Advocatuur met instemming van OM of rechter	Advocatuur zonder tussenkomst van OM of rechter
Bijkomende taken (art. 1 lid 2)**	a) een activiteit die in het verlengde ligt van de in art.1, eerste lid bedoelde kerntaken en een onlosmakelijke samenhang heeft met de waarheidsvinding in strafzaken;	-	*Ex artikel 2, lid 2*** Nederlandse en buitenlandse overheidsorganisaties, advocatuur, artsen en geneeskundigen en brandweer en ambulancedienst
	b) een activiteit die bijdraagt aan de handhaving van de (inter)nationale rechtsorde of veiligheid en waarvan het om redenen van kwaliteit, zorgvuldigheid, doelmatigheid, continuïteit of herkenbaarheid wenselijk is dat het NFI deze verricht;	-	*Ex artikel 2, lid 3*** Nederlandse en buitenlandse overheids- en intergouvernementele organisaties
	c) er sprake is van ondersteuning bij de hulpverleningstaak van de politie ex artikel 2, Politiewet 1993.	-	*Ex artikel 2, lid 4**:* Politie
Commerciële activiteiten	Toekomstige activiteiten voor derden?	-	

* Zie par. 2.6.1

**Regeling Taken NFI

[39] Zie voor voorwaarden p. 4 van de toelichting van de Regeling Taken NFI.

Hoofdstuk 3 – Essentiële begrippen: overheidsprerogatief, onderneming en diensten van algemeen economisch belang

3.1 Inleiding

De regels die voor de beantwoording van de onderzoeksvraag relevant zijn, zijn te vinden in drie verschillende conglomeraten van regelgeving. Dat is ten eerste het mededingingsrecht (te vinden in de Mededingingswet en het VWEU), ten tweede de staatssteunregels (te vinden in het VWEU) en ten derde de aanbestedingsregels. Het aanbestedingsrecht blijft in dit rapport buiten beschouwing.

Cruciaal in deze analyse is de vraag of de werkzaamheden van het NFI buiten de werkingssfeer van het mededingings- en staatsteunrecht vallen wegens het bijzondere karakter van deze taken. Dit is de vraag naar de uitzonderingen van activiteiten van zuiver sociale aard of van een overheidsprerogatief. Slechts indien daarvan geen sprake is, dient aan het mededingings- en staatssteunrecht (en overigens ook het aanbestedingsrecht) te worden getoetst (paragraaf 3.2). Deze voorvraag komt dan ook als eerste in dit hoofdstuk aan bod. Vervolgens wordt bezien of het mededingings- en staatsteunrecht van toepassing kunnen zijn.

De mededingingsregels en staatssteunregels zijn alleen dan van toepassing indien er sprake is van een *onderneming.* Derhalve bevat dit hoofdstuk een korte inleiding ten aanzien van dat begrip (paragraaf 3.3). Ook is het belangrijk om vast te stellen of de betreffende onderneming is belast met een *dienst van algemeen economisch belang.* Als dat het geval is dan zijn de regels van mededingingsrecht en staatssteunrecht in *verminderde mate* van toepassing: in deze regels zijn uitzonderingen opgenomen die gelden voor ondernemingen belast met een dienst van algemeen economisch belang. Derhalve zal in dit hoofdstuk worden uiteengezet wat met dit begrip wordt bedoeld (paragraaf 3.4). Dit hoofdstuk sluit af met een korte samenvatting en vooruitblik op de volgende hoofdstukken (paragraaf 3.5).

Bij de beantwoording van de onderzoeksvraag is de inventarisatie van de feitelijke werkzaamheden van het NFI en de regelgeving die daarop van toepassing van groot belang. In het kader van dit rapport worden deze feiten in algemene zin nader op het juridisch kader toegepast in de H 3-5. De uiteenzetting van het juridisch kader is als volgt opgebouwd: de essentiële begrippen (H3), de uitleg van de mededingingsregels (H4) en de staatssteunregels (H5). In Bijlage II is een schematisch toetsingskader opgenomen met alle relevante stappen die in het kader van de onderzoeksvragen moeten worden beantwoord.

3.2 Voorvraag: taken van zuiver sociale aard en overheidsprerogatief

3.2.1 Taken van zuiver sociale aard

Er is geen sprake van een economische activiteit (en dus geen sprake van een onderneming) als er zonder winstbejag een taak van zuiver sociale aard door de uitvoerende instantie wordt verzorgd.[40] Het doel van de activiteit, de hieraan verbonden regels,[41] de mate van staatstoezicht[42] en het lopen

[40] Zie o.a.; Gevoegde zaken C-159/91 e.a., *Pouchet en Pistre* [1993] ECR I-637, par. 18-19 betreffende het beheer van de openbare dienst van de sociale zekerheid; Gevoegde zaken C-264/01 e.a., *AOK Bundesverband* [2004] ECR I-2493, par. 47.

[41] Gevoegde zaken C-159/91 e.a,, *Pouchet en Pistre*, reeds aangehaald.

[42] Zaak C-350/07, *Kattner Stalhbau*, par. 42-43; Zaak C-218/00, *Cisal* [2002] ECR I-691.

van financiële risico's[43] kunnen dan een rol spelen in de kwalificatie van de aard van een activiteit. Deze uitzondering (voor activiteiten van zuiver sociale aard) is in het geval van NFI niet relevant; hieraan ligt een sterke solidariteitsgedachte ten grondslag. Deze uitzondering blijft verder in het rapport buiten beschouwing.

3.2.2 Overheidsprerogatief

De tweede uitzondering geldt voor overheidsprerogatieven. Deze uitzondering kan een cruciale rol spelen bij de toepassing van het mededingings- en staatssteunrecht (en overigens ook het aanbestedingsrecht) op het NFI. Hier gaat het vooral om die activiteiten die als 'klassieke overheidstaak' worden aangemerkt, taken 'die voortkomen uit de aard van de soevereiniteit van de staat'.[44] Voorbeelden zijn rechtspraak, landsverdediging en waterkering. Deze taken vallen buiten de werkingssfeer van het mededingings- en staatsteunrecht en zijn evenmin economisch van aard. De taken van het OM, de rechterlijke macht, en de opsporingsdiensten van de politie zijn (naar alle waarschijnlijkheid) te kwalificeren als dergelijke overheidsprerogatieven. De geschiedenis van het NFI (zie H2) maakt duidelijk dat de activiteiten van het NFI daarmee nauw samenhangen. Dit zou kunnen betekenen dat delen van de activiteiten van het NFI buiten de werkingssfeer van het mededingings- en staatsteunrecht vallen. De toepassing van het leerstuk van overheidsprerogatieven is evenwel complex en casuïstisch. Twee verschillende benaderingen kunnen uit de literatuur en rechtspraak worden gedestilleerd. Dit betreft een benadering, waarbij de kwalificatie van de activiteiten afhangt van de wijze waarop de overheid deze activiteiten heeft aangeduid en *georganiseerd* (hierna door ons de organisatorische benadering genoemd). Een andere benadering is functioneel van aard en ziet op de *aard* van de activiteiten (hierna door ons de functionele benadering genoemd).

3.2.2.1 Organisatorische benadering

In de Gids voor de toepassing van de EU-regels inzake staatssteun, overheidsopdrachten en de eengemaakte markt op diensten van algemeen economisch belang, en met name sociale diensten van algemeen belang[45] staat het volgende vermeld:

> 'De activiteiten die verband houden met de uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag door de staat zelf of door overheidsinstanties die opereren binnen de grenzen van hun specifieke overheidsbevoegdheid, zijn geen economische activiteiten in de zin van de mededingingsregels. Daarbij is niet van belang of de Staat die activiteiten rechtstreeks verricht via een tot de overheidsdiensten behorend orgaan of via een afzonderlijke entiteit waaraan de Staat bijzondere of uitsluitende rechten heeft verleend.'[46]

Van belang is derhalve dat er sprake is van bevoegdheden van 'openbaar gezag'. De Commissie geeft in de Gids voorbeelden van activiteiten die verband houden met het leger of de politie, verbetering van de veiligheid van de luchtvaart en kerntaken als de bescherming van het milieu. Ook de organisatie, financiering en uitvoering van strafrechtelijke maatregelen met het oog op de handhaving van het strafrecht wordt uitdrukkelijk genoemd. *Baquero Cruz* is op de uitzondering van

---

[43] Zaak 40/73 e.a., *Suiker Unie e. a.* v *Commissie* [1975] ECR 1663, par. 541; Zaak C-35/96, *Commissie* v *Italiaanse Republiek* [1998], ECR I-3851, par. 37.
[44] Conclusie van AG Mayras in zaak 2/74, *Reyners* v Belgische Staat [1974] ECR 631.
[45] Brussel, 7 december 2010, SEC(2010) 1545 final.
[46] Zie p. 26 van de Gids, onder verwijzing naar zaak 118/85, Commissie/Italië, [1987] ECR I-2599, par. 7-8.

het overheidsprerogatief nader ingegaan in zijn artikel ‘Social services of social interest and the state aid rules’.[47] Hij geeft daarbij aan:

> ‘The bottom line of the current case law of the Court is that the economic and non-economic character of an activity will depend on the regulatory decisions taken by the member States when they establish the legal framework of that activity, and whether that regulatory framework leaves some room for actual competition among independent economic entities. (…)
>
> There are, I think, four main situations. First if a State excludes the market almost completely, the activity will clearly be non-economic. Second, if a State excludes the market almost completely and non-economic considerations and regulatory techniques are predominant, then the relevant activity may also be a non-economic activity as a whole, even if there are some elements of competition built into the regulatory regime, insofar as the latter are non dissociable from the non-market elements or if they are an integral part of a system in which there is no actual competition among the different entities at play in it. Third if the regulation is hybrid and the economic activities can be dissociated from non-economic activities, some aspects may be subject to the competition rules and other aspects may escape them. Finally, there will be no exemption from the state aid rules if the economic aspects clearly prevail and the social aims are limited. (…)
>
> This means that a Member State can exclude the economic character of basically any activity, if it chooses to do so clearly and completely. (…) Much depends, therefore, on the actual decisions taken by the Member State.
>
> The economic or non-economic character of an activity does not depend on its intrinsic characteristics but on the way in which public authorities regulate it.’[48]

Vanuit deze benadering heeft de Staat derhalve een ruime discretionaire bevoegdheid om bij taken van openbaar gezag zelf de inrichting van de marktordening te bepalen en te besluiten hoeveel mededinging wordt toegestaan. Naar mate echter meer mededinging wordt toegestaan, zal het openbaar gezag karakter verwateren en de uitzondering niet meer in alle gevallen van toepassing blijven. Zolang het openbare karakter van de activiteiten bij deze inrichting de overhand houdt, is dit nog wel het geval en kunnen de activiteiten van de economische activiteiten worden afgesplitst. Indien de concurrerende activiteiten echter dominant worden, zal het geheel van alle diensten echter geen gebruik meer van de uitzondering van het overheidsprerogatief gebruik kunnen maken.

3.2.2.2 Functionele benadering

Bij de functionele benadering wordt ingezoomd op de *aard* van elke dienst en dient het economische karakter daarvan steeds opnieuw te worden bepaald. In het *Wouters*-arrest geeft het Hof van Justitie aan dat de mededingingsregels niet van toepassing zijn op:

> ‘een activiteit die, wegens haar aard en doel en de regels waaraan zij is onderworpen, buiten de sfeer van het economisch verkeer valt […] dan wel neerkomt op de uitoefening van overheidsprerogatieven’.[49]

De aard van de activiteit (mede in het licht van het doel en de regels) is dan doorslaggevend. Zo werd in de zaak Italië /Commissie door het Hof verduidelijkt dat een onderscheid moet worden

[47] J. Baquero Cruz, ‘Social services of general interest and the state aid rules’, in: U. Neergaard et al. (eds.), *Social services of general Interest in the EU, legal issues of Services of general Interest*, The Hague: T.M.C. Asser Press, 2013, p. 287-313.
[48] Baqyero Cruz, p. 294-295.
[49] Zaak 309/99, *Wouters* v *Algemene Raad van de Nederlansche Orde van Advocaten* [2002] ECR I-1577, par. 57; Zaak C-364/92, *SAT Fluggesellschaft* [1994] ECR I-43, par. 30.

gemaakt tussen optreden van de overheid als publieke autoriteit en economische activiteiten van een overheid, van industriële of commerciële aard, aan de andere kant. Het beheren van openbare telecommunicatiesystemen en het aanbieden van telecommunicatiediensten is niet een overheidsprerogatief, maar een economische activiteit (zie ook hierna).[50]

Een 'interventie organisatie', een organisatie gericht op landbouwinterventie door onder instructie van de staat opkopen van landbouwproducten (in de jaren '70 van de vorige eeuw), is volgens het Hof eveneens een onderneming. Een dergelijke organisatie 'carries out activities on a professional and not merely episodic or occasional basis', zo oordeelde het Hof.[51] Interessant is dat de Advocaat-Generaal tot een tegengestelde conclusie kwam, aangezien deze interventieorganisatie niet deelneemt aan het economisch verkeer, zoals een onderneming dat doet.

Daarentegen is Eurocontrol, een organisatie opgericht op basis van een internationaal verdrag die ten taak heeft heffingen vast te stellen en te innen, en toezicht te houden op de 'controle en politie van het luchtruim' belast met 'typische overheidsprerogatieven'.[52] Anders dan dat het Gerecht had geoordeeld zijn ook taken omtrent technische normalisatie, die Eurocontrol uitoefent, geen ondernemingsactiviteit.[53] Het beheer van een luchthaven is weer wel een economische activiteit en moet worden losgezien van de pure administratieve en toezichthoudende taken van Aéroports de Paris.[54]

Van belang is nog dat ook een private partij met een overheidsprerogatief kan worden belast (net zoals een onderdeel van de overheid een onderneming kan zijn, zie hierna). In de zaak Diego Cali wordt door het Hof geoordeeld dat een private partij, die haveninspectiediensten verricht, geen onderneming is.[55]

Uit deze arresten blijkt al dat de toepassing van het begrip 'overheidsprerogatief' casuïstisch wordt ingevuld, net als het (daarmee natuurlijk samenhangende) begrip 'onderneming'. Veel hangt in dat geval af van de feitelijke en economische situatie op de markt.

3.2.2.3 Samenvatting

Voor beide benaderingen is in elk geval van belang dat naar mate meer activiteiten in concurrerende omstandigheden plaatsvinden, de uitzondering van het overheidsprerogatief minder makkelijk kan worden ingeroepen. Ook de mededingingsrechtelijke uitleg van het begrip onderneming kent een functionele benadering. Dit zal in de volgende paragraaf aan de orde komen.

3.3 Onderneming

3.3.1 Relevantie

Het begrip 'onderneming' ligt ten grondslag aan het mededingingsrecht en het staatssteunrecht. Als er sprake is van een onderneming dán is het mededingingsrecht van toepassing. Alleen een onderneming kan staatssteun ontvangen. Het is derhalve van belang het ondernemingsbegrip te definiëren, zodat – in hoofdstuk 6 – de vraag kan worden beantwoord of het NFI voor bepaalde activiteiten als onderneming moet worden aangemerkt.

---

[50] Zaak 41/83, *Italië* v *Commissie* [1985] ECR 873.
[51] Zaak 52/76, *Benedetti* v *Munari*. [1977] ECR 163.
[52] Zaak C-364/92, *SAT* v *Eurocontrol* [1994] ECR I-43.
[53] Zaak C-113/07, *Selex Sistemi* v *Commissie* [2009] ECR I-2207.
[54] Zaak C-82/01, *Aéroports de Paris* [2002] ECR I?9297.
[55] Zaak C-343/95, *Diego Cali* v *SEPG* [1997] ECR I-1547.

3.3.2 Definitie

Een definitie van het begrip onderneming is niet te vinden: noch de Mededingingswet, noch het VWEU geeft een definitie. De definitie die het Hof van Justitie van de EU heeft gegeven is leidend.[56] Deze definitie geldt zowel voor de Europese mededingingsregels van het VWEU als de Nederlandse mededingingsregels van de Mededingingswet. In het *Höfner*-arrest is door het Hof bepaald dat 'het begrip onderneming elke eenheid omvat die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd'.[57] Dit is een *functionele* benadering, die meebrengt dat de kwalificatie van een dienst als 'economisch' afhankelijk is van de karakteristieken van de geleverde dienst. Hierbij is noch de rechtsvorm, noch de wijze van financiering van belang. Het hebben van winstoogmerk is evenmin belangrijk. Het doet ook niet ter zake dat volgens het nationale vennootschapsrecht, bijvoorbeeld, geen sprake is van een onderneming.

Het Hof geeft vervolgens als maatstaf voor deze – sterk casuïstische – kwalificatie dat een ondernemingsactiviteit iedere activiteit omvat die bestaat uit: 'het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt'.[58] Aan de hand van concrete voorbeelden schetst het Hof in zijn jurisprudentie welke factoren kunnen meewegen in de beoordeling. Zo is het gegeven dat een dienst wordt aangeboden die niet altijd noodzakelijkerwijs door de overheid moet worden verricht een indicatie dat dergelijke activiteit als economisch moet worden aangemerkt.[59] De conclusie van AG Jacobs in de zaak AOK is hier van belang, waar hij stelt dat 'bij de beoordeling of een activiteit een economisch karakter heeft, [het] mijns inziens van essentieel belang [is] of zij althans in beginsel door een particuliere onderneming kan worden uitgeoefend met het oog op het maken van winst'.[60]

Complicatie: het arrest FENIN

Van belang voor dit onderzoeksrapport is verder nog de ingewikkelde casus van het arrest FENIN. In deze zaak leverden de leden van de vereniging *FENIN* medische hulpmiddelen aan beheersorganen van het Spaanse Nationale gezondheidsstelsel ['SNS']. Het kopen *door* SNS van producten van leden van FENIN gebeurde op basis van het solidariteitsbeginsel omdat met deze producten gratis gezondheidsdiensten werden verstrekt. Hierdoor mocht SNS voor deze aankoopactiviteiten (ook) niet als onderneming worden behandeld. Het Hof bevestigt dat 'voor de bepaling van de aard van de activiteit de aankoop van het product niet los mag worden gezien van het latere gebruik ervan, en dat de al dan niet economische aard van het latere gebruik van het gekochte product noodzakelijkerwijs de aard van de aankoopactiviteit bepaalt'.[61] Het lastige van het arrest is dat hier niet wordt ingegaan op een argument dat FENIN aanvoerde, namelijk dat haar producten door SNS voor een deel werden gebruikt voor personen die *niet* bij het stelsel waren aangesloten. Daarmee laat het Gerecht de vraag open of voor die aankoopactiviteiten SNS wel als onderneming handelde.[62] In het rapport blijft dit verder buiten beschouwing.

---

[56] Zaak T-99/04, *AC Treuhand* v *Commissie* [2008] ECR II-1501, par. 144.

[57] Zaak C-41/90, *Höfner & Elser* v *Macrotron GmbH* [1991] ECR I-1979, par. 21.

[58] Gevoegde zaken C-180/98 e.a., *Pavlov e.a.* [2000] ECR I-6451 par. 75.

[59] Zaak C-475/99, *Ambulanz Glockner* [20010 ECR I-8089, par. 20-21.

[60] Conclusie AG Jacobs in zaak C-264/01, *AOK Bundesverband* [2004] ECR I- 2493.

[61] Zaak C-205/03, *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN)* v *Commissie* [2006] ECR I-6295, par. 26.

[62] Zie bijvoorbeeld ook J.J.M. Sluijs, 'FENIN bevestigd'*, NTER* 2007-3, pp. 40-42.

3.3.4 De overheid als onderneming

Het voorgaande betekent dat ook de overheid zelf en *overheidsinstellingen* als onderneming kunnen worden gezien, als er sprake is van economische activiteiten. Die activiteiten worden dan 'gesplitst' van de niet-economische activiteiten. Zo treden overheden op als onderneming bij de ontwikkeling van grondgebied en bij het verlenen van erfpacht daarvan, als zij zelf bedrijfsafval ophalen, of een camping, haven of muziekschool exploiteren.[63] Als de overheid met kapitaal, aandelen of via stemrechten in ondernemingen is betrokken, is ook zij medeverantwoordelijk voor het gedrag van die overheidsonderneming. Ook publiek-private samenwerkingen oefenen vaak ondernemings-activiteiten uit.[64]

Het gegeven dat ook overheden als onderneming gekwalificeerd kunnen worden, is van groot belang voor het NFI: de inrichting als baten-lastendienst is irrelevant voor de vraag of zijn activiteiten als ondernemingsactiviteiten moeten worden aangemerkt.

3.3.5 Conclusie ten aanzien van het begrip onderneming

De vaststelling of een activiteit economisch van aard is, is sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval en daardoor soms erg complex. Er is sprake van een ondernemingsactiviteit bij het aanbieden van goederen of diensten op de markt. Ook overheden kunnen als onderneming optreden en vallen dan onder het bereik van de mededingingsregels; 'commercialiteit' is daarbij niet van doorslaggevend belang. De kwalificatie als onderneming hangt af van de *activiteiten:* in mededingingsrechtelijke zin kan een overheidsdienst tegelijkertijd – voor een deel van de activiteiten – als onderneming moeten worden aangemerkt en als niet-onderneming voor een ander deel van de activiteiten. Deze activiteiten kunnen dus worden 'gesplitst'. Ook entiteiten – onderdelen van de overheid of private entiteiten – die belast zijn met een 'publieke taak' kunnen ondernemingen in de zin van het mededingingsrecht zijn.

Als het NFI handelt als onderneming – die vraag zal in hoofdstuk 6 worden beantwoord – dan is er op zichzelf nog niets aan de hand. Het gevolg is dat de mededingingsregels van toepassing zijn. Er is dus geen verbod op het ontplooien van ondernemingsactiviteiten: wel dienen dan de randvoorwaarden van de wettelijke bepalingen in acht te worden genomen. Die komen in hoofdstuk 4 aan bod. Ook kan zij dan als ontvanger van staatssteun worden aangemerkt. Die regels komen in hoofdstuk 5 aan de orde.

3.4 Diensten van algemeen economisch belang

3.4.1 Relevantie

Als een *onderneming* is belast met een *dienst van algemeen economisch belang* ('DAEB'), dan gelden de mededingingsregels en staatssteunregels wel, maar – onder voorwaarden - in verminderde mate. Een onderneming die de mededingingsregels schendt, kan die schending rechtvaardigen als noodzakelijk voor de uitoefening van de dienst van algemeen economisch belang. Staatssteun

[63] Ook de activiteiten van lokale publieke omroepen, woningbouwverenigingen, van de grondbank, de verkoop van bagger, diensten als ambulancevervoer, gehandicaptenvervoer, gemeentelijk openbaar vervoer, bepaalde havendiensten, de verhuur en plaatsing van reclameborden, het exploiteren van een kabelnet, het opslaan van verontreinigd slib voor derden, het aanbieden van arbeidsmarktbemiddeling, en het aanbieden van verzekeringen of leningen, zijn aangemerkt als economische activiteiten.

[64] Zie A. Gerbrandy, 'Kansen in het mededingingsrecht', in: B. Hessel (ed), *Kansen voor het Europese recht*, Den Haag: Sdu 2011.

verleend aan een onderneming belast met een dienst van algemeen economisch belang kan – onder strikte omstandigheden - van het beoordelingsregime van de Europese Commissie worden uitgezonderd. Het is derhalve van belang het begrip DAEB nader te bezien.

3.4.2 Definitie

Met een DAEB is een publiek belang gemoeid waarin door de markt niet, onvoldoende of op onjuiste wijze kan worden voorzien. Deze DAEB onderscheiden zich van reguliere economische activiteiten omdat dat zij voorzien in een vraag waaraan zonder overheidsingrijpen niet, onvoldoende of op verkeerde manier zou kunnen worden voldaan. Dit publieke belang is van dusdanig belang voor een overheid dat deze kan besluiten een onderneming in te schakelen om deze dienst voor rekening te nemen. Let op: het gaat hier wel om *economische* activiteiten (als er geen sprake is van economische activiteiten is er sprake van een dienst van algemeen belang – zij vallen buiten de mededingings- en staatssteunregels).

Nationale overheden hebben een grote discretionaire bevoegdheid in het aanwijzen van wat zij als publiek belang en (dus) als DAEB aanmerken. Dat is echter niet onbegrensd. De Europese Commissie en/of het Hof kunnen toetsen of door de overheid bij het aanwijzen van een DAEB geen 'kennelijke fout' is gemaakt. Daarnaast wordt gecontroleerd of een juiste procedurele gang van zaken in acht is genomen.[65]

Van belang is dat de taak *expliciet* wordt *opgedragen:* een onderneming dient met de taak te worden belast. Vaak gebeurt dat bij het verlenen van een vergunning, een concessie, of in een wettelijke regeling zelf. Onder omstandigheden kan dit ook wel worden afgeleid uit een samenspel van regelingen.

3.4.3 Een DAEB, en dus?

De kwalificatie van een economische activiteit als DAEB heeft gevolgen voor de toepassing van de mededingingsregels en de staatssteunregels. Over het algemeen is het zo dat de mededingingsregels slechts dan niet van toepassing zijn als het de onderneming door deze regels onmogelijk zou worden gemaakt zijn dienst van algemeen economisch belang uit te oefenen. De staatssteunregels zijn alleen dan niet van toepassing als de steun specifiek verbonden is met de uitvoering van de DAEB, waarbij strikte randvoorwaarden gelden. Er geldt een proporationaliteitstoets. Van belang is dat op 20 december 2011 de Europese Commissie een nieuw beleid inzake DAEB heeft bekendgemaakt. De nieuwe regels, die op 31 januari 2012 in werking traden, beïnvloeden de test van DAEB onder Europese staatssteunregels. Voor onderhavig onderzoeksrapport is van belang dat de Commissie met het nieuwe beleid aangeeft strenger toezicht te houden op de gevolgen voor de concurrentie van zogenaamde 'grote' DAEB.[66]

De overheid (die de taak van algemeen economisch belang opdraagt aan een onderneming) kan het nodig vinden dat de onderneming die de DAEB aanbiedt een *exclusief* recht daartoe wordt verleend. Alleen de onderneming die het exclusief recht wordt gegund mag deze dienst aanbieden. Dit exclusieve recht kan zich ook uitbreiden tot 'nevenactiviteiten', bijvoorbeeld om zo tegen te gaan dat marktpartijen alleen die krenten uit de pap pikken die commercieel aantrekkelijk zijn, en niet

---

[65] Zie voor nationale en Europese voorbeelden van DAEB ook de *Handreiking Diensten van Algemeen Economisch Belang en Staatssteun* van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, juni 2008, verkrijgbaar via www.minbzk.nl/staatssteun en www.europadecentraal.nl.

[66] Zie als leidraad de recent bijgewerkte gids DAEB, waarin de Commissie de van toepassing zijnde EU-regels omtrent staatssteun, overheidsaanbestedingen en interne markt uitlegt. Beschikbaar via http://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/new_guide_eu_rules_procurement_en.pdf (Engels).

ook minder (of niet-) rendabele diensten, die wel van algemeen belang zijn, hoeven te kunnen aanbieden. Daar speelt het misbruikverbod een rol: omdat een exclusief recht een gevaar van misbruik van machtspositie oplevert is die verlening aan randvoorwaarden gebonden (zie hoofdstuk 4). Als de onderneming, belast met een DAEB, naast deze activiteiten ook nog andere activiteiten ontplooit, en daarbij in concurrentie treedt met 'gewone' ondernemingen, moet evenals het geval is met overheidsfinanciering een *level playing field* gegarandeerd blijven. Op dit aspect zien zowel de regels van de transparantierichtlijn als de regels van de wet Markt en Overheid (zie par. 4.8 en 4.9).

Vaak omvat de uitvoering van een extra inspanning van een onderneming. Derhalve mag in beginsel financiering worden ontvangen van een overheid. Die financiering kan natuurlijk leiden tot concurrentievervalsing, met als gevolg dat andere marktdeelnemers in een onvoordelige concurrentiepositie worden geplaatst. Om dit te voorkomen moet door overheden bij het toekennen van deze financiering rekening worden gehouden met de Europese staatssteunregels (H5).

3.4.4 Conclusie ten aanzien van diensten van algemeen economisch belang

Een economische activiteit kan als dienst van algemeen economisch belang worden aangemerkt indien sprake is van een dienst die niet kan worden overgelaten aan de markt; de taken moeten door de overheid zijn opgedragen aan een onderneming (de onderneming moet 'belast' zijn met een dergelijke taak); daarvoor is een actie nodig van die overheid; sprake is van een DAEB, als zodanig omschreven of aangeduid door de overheid en voldaan is aan het proportionaliteitsvereiste, dat echter in de verschillende materiele normen een verschillende invulling krijgt.

Als een onderneming is belast met een DAEB, dan blijven de mededingingsregels en staatssteunregels weliswaar van toepassing, maar is onder omstandigheden een overtreding van die regels te rechtvaardigen. Dit zal in hoofdstuk 4 (voor het mededingingsrecht) en hoofdstuk 5 (voor het staatssteunrecht) nader worden toegelicht.

3.5 Conclusie

Activiteiten die als overheidsprerogatief zijn aan te merken – de klassieke overheidstaken – vallen buiten de werkingssfeer van de mededingings- en staatssteunregels. Indien sprake is van een economische activiteit dan is sprake van een onderneming (voor die activiteit). Ook een onderdeel van de overheid kan ondernemingsactiviteiten uitoefenen. Het mededingingsrecht is dan van toepassing. Als voor de uitoefening van ondernemingsactiviteiten steun wordt ontvangen, dan zijn de staatssteunregels van toepassing. Indien de betreffende onderneming is belast met een dienst van algemeen economisch belang, dan blijven deze regels van toepassing zij het dat, onder voorwaarden, a) een beroep kan worden gedaan op de mededingingsrechtelijke uitzonderingen en b) en sprake is van een speciaal staatsteunregime.

In de navolgende hoofdstukken wordt op de materiele mededingingsregels (H4) en staatssteunregels (H5) ingegaan. Met deze twee hoofdstukken vormt dit hoofdstuk 3 het juridisch toetsingskader voor de onderzoeksvraag. Daarna volgt een toetsing van de activiteiten van het NFI (zoals beschreven in H2) aan de betreffende regels.

Hoofdstuk 4 – Mededingingsrecht

4.1 Inleiding

Dit hoofdstuk geeft op hoofdlijnen weer welke de algemene mededingingsrechtelijke regels zijn en waarom zij relevant zijn. De mededingingsregels zijn neergelegd in het Europees recht (zowel het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie ('VWEU') als secundaire regelgeving) en het nationaal recht (Mededingingswet). Toezicht op en handhaving van deze regels is in handen van de Europese Commissie en/of de Autoriteit Consument en Markt ('ACM'). Naast deze publiekrechtelijke toepassing van de mededingingsregels (waarbij een onderneming te maken krijgt met een handhavende overheid) kunnen de regels ook aan de orde zijn in nationale civielrechtelijk procedures (bijvoorbeeld een concurrent tegenover een onderneming).

De hoofdregels van mededingingsrecht zijn in de nationale context en EU-context vrijwel gelijk. Dat komt omdat de Mededingingswet, die sinds 1998 geldt, is gebaseerd op de EU-regels. De jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie ('het Hof') geldt – over het algemeen – dan ook zowel voor zaken met een Europese als die met een nationale dimensie.

Er zijn twee categorieën hoofdregels van mededingingsrecht. Ten eerste de regels rechtstreeks gericht tot ondernemingen: het kartelverbod (par. 4.2), het misbruikverbod (par. 4.3), het concentratietoezicht (par. 4.4). Ten tweede de regels die gelden in de relatie tussen overheid en onderneming: de nuttig effect regel (par. 4.5), regels ten aanzien van de relatie tussen de overheid en openbare bedrijven (par. 4.6), regels ten aanzien van de verlening van exclusieve of bijzondere rechten (par. 4.7), de regels van de transparantierichtlijn (par. 4.8) en van de wet Markt en Overheid (par. 4.9). Dit hoofdstuk sluit af met een conclusie (par. 4.10).

4.2 Het kartelverbod

4.2.1 Definitie

Het kartelverbod is neergelegd in artikel 101 VWEU en – bijna gelijkluidend – in artikel 6 van de Mededingingswet (hierna: 'Mw')[67] en bepaalt dat verboden zijn:

> 'alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst'.

Specifieke interpretaties van de begrippen gelden; het begrip 'onderneming' is in het voorgaande hoofdstuk al behandeld. Het begrip 'overeenkomst' is veel ruimer dan alleen een ondertekend contract. Het begrip 'onderling afgestemde feitelijke gedragingen' betekent bovendien dat ook als er geen sprake is van een overeenkomst, er nog steeds sprake kan zijn van verboden afstemming van gedrag. Het begrip 'ondernemersvereniging' omvat zowel formele verenigingen als meer informele verbanden. Een 'besluit' van een ondernemersvereniging is elke handeling waarvan een zekere binding uitgaat.

[67] Artikel 6 Mw omvat dezelfde elementen, maar is beperkt tot de Nederlandse markt of een deel daarvan.

4.2.2 Mededingingsbeperking, merkbaarheid, uitzonderingen

Het gaat bij het kartelverbod om afspraken die de *mededinging* beperken. Daarbij kan het gaan om horizontale afspraken (tussen concurrenten opererend op hetzelfde niveau van de markt), maar ook om verticale afspraken (tussen bijvoorbeeld producent en leverancier). Horizontale afspraken, als ze de mededinging beperken, zijn 'erger' dan individuele verticale afspraken.

Artikel 101 VWEU geeft een aantal voorbeelden van mededingingsbeperkende afspraken: zo zijn prijsafspraken (aankoopprijs of verkoopprijs) verboden, en ook quoteringsafspraken, en marktverdelingsafspraken. Deze afspraken worden ook wel 'doelbeperkingen' genoemd en zijn vrijwel altijd verboden.

Het huidige mededingingsrecht kent een 'economische benadering' van overeenkomsten waarbij een beoordeling van de afspraak in de economische en juridische context waarin zij vorm heeft gekregen voorop staat: in plaats van dat de Commissie of de ACM afgaan op een etiket van een afspraak, wordt gekeken naar het effect daarvan op de markt, in het bijzonder het effect op consumentenwelvaart. Toch biedt deze economische benadering weinig kans als het gaat om het verdedigen van het onderling afspreken van quota of (onderdelen) van de prijs: deze afspraken zullen ook met de economische benadering zelden zijn geoorloofd.

De beperking van de mededinging moet wel *merkbaar* zijn alvorens het verbod van toepassing is. Dit betekent dat als de impact op de markt klein is – doordat de ondernemingen klein zijn: een klein marktaandeel hebben oftewel weinig 'marktmacht' – het verbod niet geldt.[68]

Ook gelden er uitzonderingen op het kartelverbod: het derde lid bevat een uitzondering voor afspraken die aan de daar genoemde voorwaarden voldoet.[69] De uitzondering houdt, kort gezegd, in dat afspraken die onder het verbod vallen vanwege de nadelige gevolgen voor de mededinging, toch gerechtvaardigd kunnen zijn omdat de afspraak ook voordelen meebrengt, die opwegen tegen de vastgestelde nadelen daarvan.

Een andere belangrijke uitzondering is die voor ondernemingen belast met een DAEB neergelegd in artikel 106, lid 2 VWEU (c.q. artikel 25 Mw). In hoofdstuk 3 is uiteengezet wanneer sprake is van een dienst van algemeen economisch belang. Indien een onderneming met een dergelijke taak is belast dan is het kartelverbod slechts van toepassing voor zover zij de uitoefening van die taak niet onmogelijk maakt. Er is derhalve, in dat geval, sprake van een proportionaliteitstoets bij de toepassing van deze uitzondering.

---

[68] De Commissie heeft dit leerstuk uitgewerkt in een *De Minimis*-bekendmaking. Daarin is opgenomen dat bij overeenkomsten waarbij partijen betrokken zijn met een (gezamenlijk) marktaandeel van minder dan 10% (bij horizontale overeenkomsten) en minder dan 15% (bij verticale overeenkomsten) de Europese mededingingsregels niet van toepassing zijn, mits er geen productie, marktverdeling, of prijsafspraken worden gemaakt. Het leerstuk wordt ook op nationaal niveau toegepast: zie bekendmaking van de Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (de minimis), (2001/C 368/07), Pb. EG 2001, C368/13.

[69] Artikel 101 lid 3 VWEU luidt: 'De bepalingen van lid 1 van dit artikel kunnen echter buiten toepassing worden verklaard voor elke overeenkomst of groep van overeenkomsten tussen ondernemingen, voor elk besluit of groep van besluiten van ondernemersverenigingen, en voor elke onderling afgestemde feitelijke gedraging of groep van gedragingen die
(1) bijdragen tot verbetering van de productie of van de verdeling der producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang,
(2) mits een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt, en zonder nochtans aan de betrokken ondernemingen
(3) a) beperkingen op te leggen welke voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn,
(4) b) de mogelijkheid te geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen.'

4.2.3 Kartelverbod en het NFI

Het is niet waarschijnlijk dat in de context van dit rapport het kartelverbod een rol zal spelen. Wel is het goed op te merken dat, mochten de activiteiten van het NFI als ondernemingsactiviteiten moeten worden gekwalificeerd, dit betekent dat geen afspraken mogen worden gemaakt die onder het kartelverbod vallen.

4.3 Misbruik machtspositie

4.3.1 Definitie

Het verbod op het maken van misbruik van een machtspositie is neergelegd in artikel 102 VWEU en (het equivalente) artikel 24 Mw. Het misbruikverbod betekent dat een dominante onderneming (de onderneming met een economische machtspositie) van die positie geen misbruik mag maken. Om vast te stellen of sprake is van een machtspositie, dient de markt te worden afgebakend. Voor de toepassing van dit misbruikverbod is een dergelijke exercitie eigenlijk altijd noodzakelijk. Dat betekent dat moet worden vastgesteld met welke producten of diensten wordt geconcurreerd en in welk geografisch gebied die concurrentie zich voordoet.

4.3.2 Machtspositie en misbruik

Als het aandeel van de onderneming (of groep ondernemingen) op een bepaalde markt groter is dan 40% dan bestaat, over het algemeen, de kans dat er sprake is van een machtspositie. Een marktaandeel groter dan 50% maakt aanname van een machtspositie waarschijnlijker. Hoe groter het marktaandeel, hoe minder belangrijk andere factoren dan marktaandeel worden in deze beoordeling. Ook aan de vraagzijde kan sprake zijn van een machtspositie: de onderneming mag geen misbruik maken van deze vraagmacht.

Misbruik komt voor in twee gedaantes:

- Uitbuitingsmisbruik: de machtspositie wordt uitgebuit en dat is ook mogelijk omdat er geen of weinig concurrentie is, bijvoorbeeld door hoge prijzen;
- Uitsluitingsmisbruik: de machtspositie wordt gebruikt om te voorkomen dat andere spelers de markt betreden van die markt worden afgeduwd, bijvoorbeeld door zeer lage prijzen te rekenen.

Een specifieke vorm van misbruik die van belang kan zijn voor dit onderzoek is kruissubsidiëring. In dat geval wordt een marktactiviteit (mede) gefinancierd uit middelen die niet door die activiteit worden opgebracht. Kruissubsidiëring kan subtiel, in die zin dat bijvoorbeeld het personeel voor beide activiteiten wordt ingezet, waardoor personeelskosten per activiteit dalen. Dergelijke kruissubsidie is over het algemeen niet geoorloofd behoudens uitzonderingen.[70]

Ook voor het misbruikverbod geldt een uitzondering voor ondernemingen belast met een dienst van algemeen economisch belang (artikel 25 Mw/artikel 106 lid 2 VWEU). Hiervoor is in hoofdstuk 3 aan de orde gekomen wat moet worden verstaan onder een DAEB. Omdat een dominante onderneming die is belast met een DAEB vaak belast is door middel van de verlening van een exclusief recht (door de overheid), zal op deze uitzondering hierna nader worden ingegaan. Van

[70] Ook buiten een machtspositie is kruissubsidie overigens een probleem, zie paragraaf PM over de gedragsregels van de Wet markt & overheid.

belang is te onderkennen dat veel van de regels die betrekking hebben op de inrichting van een DAEB raakvlak hebben met het verbod van het maken van misbruik van een machtspositie: als een DAEB op een wijze wordt ingericht die aan de randvoorwaarden voldoet, dan zal niet snel (ook) sprake zijn van misbruik van machtspositie tenzij die op een heel andere activiteit betrekking heeft.

4.3.3 Verbod misbruik van machtspositie en het NFI

In hoofdstuk 7 wordt nader ingegaan op de toepassing van het verbod op het maken van misbruik van machtpositie ten aanzien van het NFI. De voorvraag, die eveneens aan bod zal komen, is of de activiteiten van het NFI als ondernemingsactiviteiten moeten worden aangemerkt.

4.4 Concentratietoezicht

Voor ondernemingen die een concentratie aangaan (een fusie, een overname of een gemeenschappelijke onderneming oprichten) geldt een (aan)meldingsplicht. Zij dienen deze voorgenomen transactie aan de toezichthouder (Commissie of ACM) te melden, ter mededingingsrechtelijke toetsing.

Het concentratietoezicht is voor het huidige rapport niet relevant en zal verder buiten beschouwing blijven.

4.5 Nuttig effect norm

4.5.1 Definitie

De nuttig effect norm is ontsproten uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie en is enkel gericht tot de *overheid*. De norm houdt in dat de overheid niet mee mag werken aan de totstandkoming van een kartel en ook niet hun eigen marktregulerende bevoegdheden op een manier mogen overdragen aan marktpartijen waardoor die marktpartijen eigenlijk een kartel kunnen vormen.[71] De nuttig effect norm is gebaseerd op de algemene coöperatieverplichting van lidstaten ten opzichte van de EU, in combinatie met de mededingingsrechtelijke bepalingen van het VWEU. Dit is van belang, omdat het deze norm in potentie tot een zeer flexibele norm maakt, die ook buiten de in de jurisprudentie aan bod gekomen gevallen zou kunnen worden toegepast. De nuttig effect norm is alleen van toepassing als er sprake is van een situatie met interstatelijk effect. Dat is alleen niet het geval indien er sprake is van zeer lokale omstandigheden.

4.5.2 Toepassingsbereik

De nuttig effect norm omvat gevallen waarin de overheid een kartel stimuleert. Lastiger is het om te beoordelen wanneer sprake is van een ‘overdracht van de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied aan particuliere marktdeelnemers’ waardoor een regeling het ‘overheidskarakter’ wordt ontnomen.[72] Een voorbeeld is de overdracht van een

[71] Een zeer sprekend voorbeeld waarin deze regel kan zijn overtreden is de zaak van de verdeling van zandwinningsrechten: Gedeputeerde Staten hadden de – enkele – gegadigden te kennen gegeven dat die onderling maar moesten uitmaken wie welke zandgebieden in concessie zouden krijgen, waarna GS tot vergunningverlening zouden overgaan. Op die manier werden de ondernemingen in feite tot een marktverdelingsafspraak – een kartel – gedwongen. Het gedrag van GS is daarmee in strijd met het uitgangspunt van de nuttig effect norm.

[72] Zaak C-35/96, *Commissie* v *Italië* [1998] ECR I-3851.

tariefstellende bevoegdheid aan een beroepsorganisatie die niet meer verlengstuk is van de overheid maar het eigen belang van de beroepsgroep voorop stelt.[73]

4.5.3 Nuttig effect norm en NFI

In hoofdstuk 7 wordt de nuttig effect norm toegepast op de situatie van het NFI.

4.6 De overheid en haar overheidsbedrijven: openbaar bedrijf

Een lex specialis van de nuttig effect norm is neergelegd in artikel 106 lid 1 VWEU en heeft betrekking op de relatie tussen de overheid en openbare bedrijven (en ondernemingen waaraan de overheid bijzondere of exclusieve rechten heeft verleend, hetgeen hierna aan de orde is). De definitie van openbaar bedrijf is: elk bedrijf waarover overheden rechtstreeks of middellijk een dominerende invloed kunnen uitoefenen uit hoofde van eigendom, financiële deelneming of voorschriften die op het bedrijf betrekking hebben, hetgeen wordt vermoed in de volgende situaties:

a) de overheid de meerderheid van het geplaatste kapitaal bezit;
b) de overheid over de meerderheid van stemrechten bezit; of
c) als de overheid meer dan de helft van de leden van het orgaan van bestuur, van beheer of van toezicht kan benoemen.

Deze invulling is neergelegd in de Transparantierichtlijn (artikel 2, sub b van die richtlijn) en betreft een nadere specificatie van het begrip ‘openbaar bedrijf’. Daarmee is niet uitgesloten dat ook buiten een van de in de Transparantierichtlijn genoemde ‘vermoedde’ situaties sprake is van een openbaar bedrijf: het gaat om het kunnen uitoefenen van invloed. Om als openbaar bedrijf te kunnen worden aangemerkt hoeft het niet te gaan om een afgescheiden geheel of om een entiteit met een eigen rechtspersoonlijkheid.

In de relatie met openbare bedrijven mag de overheid – die de normadressaat is van deze bepaling – geen enkele maatregel nemen welke de onderneming ertoe zet in strijd te handelen met de mededingingsrechtelijke bepalingen. De overheid mag het overheidsbedrijf niet stimuleren, aansporen of ertoe aanzetten misbruik te maken van een machtspositie of het kartelverbod te overtreden. Als de onderneming echter is belast met een DAEB kan onder omstandigheden de overtreding worden gerechtvaardigd; dat kan zowel door de overheid als door het openbaar bedrijf worden ingeroepen en komt in de volgende paragraaf nader aan de orde.

In hoofdstuk 7 wordt deze norm toegepast op de situatie van het NFI.

4.7 Bijzondere en exclusieve rechten en de relatie met DAEB

4.7.1 Definities

In het Europees recht is rekening gehouden met situaties waar de overheid een exclusief of bijzonder recht toekent aan een onderneming waardoor een ‘wettelijk monopolie’ ontstaat. De termen exclusief en bijzonder recht worden in de Europese verdragen niet gespecificeerd.[74] In het VWEU is een bepaling opgenomen die de verlening van exclusieve of bijzondere rechten aan

[73] Zaak C-35/99, *Arduino* [2002] ECR I-1529.
[74] Zie hiervoor de Transparantierichtlijn (Richtlijn van de Commissie van 16 november 2006, PbEU 17.11.2006, L 318/17-25)

ondernemingen betreft (artikel 106, lid 1 VWEU).[75] Het gaat in deze bepaling om het verlenen van een recht om als *enige* een dienst aan te bieden of een *beperkte groep* die een dienst mag aanbieden.[76] De bepaling is (zoals hiervoor genoemd ten aanzien van openbare bedrijven), net als de nuttig effect-regel, gericht tot de overheid en vormt een *lex specialis* ten opzichte van de nuttig effect-regel. Dit wil zeggen dat de regels gesteld in artikel 106, lid 1 VWEU op specifieke situaties zien en daardoor voorrang kunnen krijgen boven de algemene nuttig effect-regels. Ook de regels ten aanzien van de verlening van exclusieve of bijzondere rechten gelden alleen als er sprake is van een situatie met interstatelijk effect. Dat is niet het geval indien er sprake is van (zeer) lokale omstandigheden.

4.7.2 Toepassingsbereik

De verlening van exclusieve of bijzondere rechten door de overheid is op zichzelf niet verboden. Artikel 106 VWEU stelt dat de overheid met betrekking tot ondernemingen aan wie zij een dergelijk recht verlenen 'geen enkele maatregel neemt in strijd met de regels van het Verdrag'. Alleen als door het verlenen van zulke rechten *misbruik* van machtspositie kan ontstaan bij de onderneming-met-exclusief/bijzonder recht of wanneer misbruik het logische gevolg is van de verlening van het exclusieve of bijzondere recht, dan wordt het de overheid aangerekend dat zij onder die omstandigheden een exclusief recht verleende.[77] Het verlenen van het recht door de overheid moet dus een al dan niet potentieel misbruik van deze positie door de onderneming mogelijk maken.

Een dergelijk misbruik kan soms al snel worden aangenomen: het enkele voorbehouden van een nevenactiviteit kan als misbruik worden gezien. Een voorbeeld: een verlening van een exclusief recht aan een organisatie voor ziekenvervoer voor zowel spoedeisend vervoer (dat moeilijk rendabel kan worden aangeboden) en niet-spoedeisend vervoer (dat wel degelijk economisch rendabel kan zijn) is in strijd met artikel 106 lid 1 VWEU omdat daarmee 'een nevenactiviteit inzake vervoer wordt voorbehouden die door een onafhankelijke onderneming kan worden verricht'.[78]

4.7.3 Bijzondere en exclusieve rechten en DAEB

Als de verlening van een exclusief of bijzonder recht er toe leidt dat van een machtspositie misbruik wordt/kan worden gemaakt, dan kan alsnog de verlening (door de overheid) van het exclusieve of bijzondere recht worden gerechtvaardigd als de onderneming is belast met een DAEB en het exclusieve recht voor de uitoefening van die taak noodzakelijk is (een proportionaliteitstoets). De uitzondering voor ondernemingen belast met een DAEB kan dus ook worden ingeroepen door de overheid die het exclusief recht verleent. De toets komt er kortheidshalve op neer dat de

---

[75] Artikel 106 lid 1 VWEU.

[76] Zie voor een definitie van deze beide begrippen de Transparantierichtlijn, Richtlijn 2006/111/EG van de Commissie van 16 november 2006 betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven en de financiële doorzichtigheid binnen bepaalde ondernemingen, Pb*EU* 2006, L 318, artikel 2(1)(f). Kort gezegd gaat het bij een exclusief recht om één onderneming die een bepaalde dienst mag aanbieden of een bepaald product mag procedure. Bij bijzondere rechten gaat het om een beperkt aantal ondernemingen.

[77] Voorbeelden van verboden verleningen zijn: het verlenen van een exclusief recht tot arbeidsbemiddeling voor hoger opgeleiden, terwijl het duidelijk is dat deze aanbieder nooit in haar eentje aan de vraag kan voldoen (Zaak C-41/90, *Höfner* [1991] ECR I-1979); het verlenen van een exclusief recht wanneer dat een conflicterend belang oplevert (Zaak C-260/98, *ERT* [2000] ECR I-6537); het voorbehouden van een afgeleide markt (Zaak C-147/97 *Deutsche Post* [2000] ECR I-0825); het verlenen van een exclusief recht tot afvalverwerking van gevaarlijk afval waardoor de export van oliefilters onmogelijk wordt (Zaak C-203/96, *Dusseldorp* [1998], ECR I-4075).

[78] Zaak C-475/99, *Ambulanz Glöckner* [2001] ECR I-8089.

exclusiviteit – zowel de duur van het exclusief recht als de omvang van het exclusief recht – in verhouding staat tot de uitoefening van de DAEB.[79]

Zo kan het te rechtvaardigen zijn dat de verlening van een exclusief recht zich uitstrekt tot activiteiten die géén DAEB zijn om zo de – economisch rendabele – uitoefening van de activiteiten die wél DAEB zijn te kunnen waarborgen. Op deze manier wordt veiliggesteld dat concurrenten, die niet de extra taak van de DAEB hoeven uit te voeren, wel de economisch aantrekkelijk krenten uit de pap aanbieden waardoor de onderneming die is belast met de DAEB (en daarvoor een exclusief recht verkreeg) blijft zitten met de 'restactiviteiten' die niemand wil.[80] Toegepast op het voorbeeld van het ziekenvervoer: het voorbehouden van een 'niet-dissocieerbare activiteit' (het niet-spoedeisend ziekenvervoer) aan ondernemingen die zijn belast met de DAEB bestaande uit het spoedeisend ziekenvervoer, kan toelaatbaar zijn om de kwaliteit en betrouwbaarheid van de DAEB te waarborgen. Een voorwaarde is wel dat de onderneming die het exclusief recht voor beide activiteiten krijgt toegekend aan de vraag naar deze diensten kan voldoen. Als altijd geldt dat een dergelijke constructie natuurlijk zorgvuldig dient te worden vormgegeven en inzichtelijk te worden gemaakt.[81]

4.7.4 Exclusieve rechten en het NFI

In hoofdstuk 7 wordt nader ingegaan op de toepassing van het leerstuk ten aanzien van de verlening van exclusieve en bijzondere rechten, en de relatie met het leerstuk van de DAEB, ten aanzien van het NFI. Zoals duidelijk zal zijn hangt de toepassing af van enkele voorvragen die eveneens in dat hoofdstuk zullen worden bezien: de vraag of het NFI ondernemingsactiviteiten uitoefent, of hij is belast met een DAEB of een exclusief of bijzonder recht is verleend.

4.8 Transparantierichtlijn

4.8.1 Definities

In de Transparantierichtlijn van 16 november 2006 heeft de Commissie een aantal aanvullende regels gesteld met betrekking tot de inzichtelijkheid van de financiële relaties tussen de overheid (die primair normadressaat is) en verschillende categorieën ondernemingen. Het gaat om de financiële relaties met openbare bedrijven (zie hierboven) en over financiële relaties met ondernemingen die een bijzonder of exclusief recht zijn verleend onder artikel 106 VWEU, of aan wie een DAEB is opgedragen en hiervoor compensatie ontvangt.[82]

Doel van de richtlijn is het garanderen van een minimumniveau van doorzichtigheid ten aanzien van deze groep ondernemingen, zodat onderscheid kan worden gemaakt tussen het optreden van de staat als overheid en de staat als eigenaar. Overheden dienen er voor te zorgen dat ondernemingen die zowel DAEB-activiteiten, danwel activiteiten waarvoor een exclusief recht is

[79] Zie voor een uitgebreidere beschrijving: A. Gerbrandy en B. Hessel, *Mededingingsrecht voor Decentrale Overheden*, Kluwer: Deventer 2004, p. 234 e.v.

[80] Zaak C-475/99, *Ambulanz Glöckner* [2001] ECR I-8089.

[81] Een voorbeeld waar deze met succes is ingeroepen bij de verlening van rechten is bijvoorbeeld de verlening van een exclusief recht voor afvalverwerking voor een langere termijn. Deze langere termijn is gerechtvaardigd omdat dit nodig is voor het rendabel kunnen exploiteren van een nieuwe (milieuvriendelijke) afvalverwerkingsinstallatie. Zie zaak C-209/98, *FFAD* v *Kobenhavens Kommune* [2000] ECR I-3743.

[82] Richtlijn 2006/111/EG van de Commissie van 16 november 2006 betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven en de financiële doorzichtigheid binnen bepaalde ondernemingen, PbEU 17.11.2006, L 318/17-25.

verleend, en daarnaast ook nog andere activiteiten uitoefenen een transparante boekhouding en kostentoerekening hanteren.

Omdat de richtlijn van Europese herkomst is, is deze alleen van toepassing op grensoverschrijdende gevallen. Daarvan is echter al snel sprake.

4.8.2 Toepassing

De Transparantierichtlijn is geïmplementeerd in hoofdstuk 4a van de Mededingingswet. Dit hoofdstuk is getiteld 'Financiële transparantie binnen bepaalde ondernemingen'. In dit hoofdstuk zijn alleen de verplichtingen van de ondernemingen zelf opgenomen, niet de verplichtingen in de relatie tussen overheid en deze ondernemingen. Dat is logisch omdat de ACM als toezichthouder vooral toezicht uitoefent op ondernemingen en niet (ook) op de centrale overheid. Hier gelden de volgende verplichtingen voor ondernemingen die een activiteit onder exclusief recht danwel een opgedragen DAEB uitvoeren en daarnaast nog 'gewone' activiteiten uitvoeren. Zij voeren dan 'verschillende activiteiten' uit: enerzijds producten of diensten met betrekking tot welke aan een onderneming een bijzonder of uitsluitend recht is verleend, of de diensten van algemeen economisch belang waarmee een onderneming is belast en, anderzijds andere producten of diensten.

In de administratie van deze bedrijven die 'verschillende activiteiten' uitvoeren moet:

a. de registratie van de lasten en baten van de verschillende activiteiten gescheiden zijn;
b. alle lasten en baten, op grond van consequent toegepaste en objectief te rechtvaardigen beginselen inzake kostprijsadministratie, correct worden toegerekend;
c. de beginselen inzake kostprijsadministratie volgens welke de administratie wordt gevoerd, duidelijk zijn vastgelegd.[83]

Indien de diensten van een onderneming de handel tussen lidstaten niet merkbaar kan beïnvloeden of de totale netto omzet minder dan €40 miljoen bedraagt in de twee boekjaren voorafgaande aan de verlening van een bijzonder recht, exclusief recht of DAEB, zijn deze drie voorwaarden niet van toepassing.[84] Een derde uitzondering wordt gemaakt voor:

> 'ondernemingen die voor een redelijke periode met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang belast zijn overeenkomstig [art. 106 VWEU] indien de overheidssteun in enigerlei vorm, waaronder een subsidie, ondersteuning of compensatie, die zij ontvangen, was vastgesteld ingevolge een open, doorzichtige en niet-discriminerende procedure.'[85]

4.8.3 Transparantierichtlijn en NFI

In hoofdstuk 7 wordt op de toepassing van de regels van de transparantierichtlijn op de activiteiten van het NFI ingegaan. Zoals duidelijk zal zijn hangt de toepassing van deze regels af van verschillende voorvragen: of het NFI onderneming is, of zij belast is met een dienst van algemeen economisch belang, danwel een exclusief recht heeft verkregen, en of een van de uitzonderingen van toepassing is.

[83] Artikel 25b Mw.
[84] Artikel 25d lid 1 sub a en b Mw.
[85] Artikel 25d lid 1 sub c Mw.

4.9 Gedragsregels Markt & Overheid

4.9.1 Definities

De gedragsregels uit de wet Markt en Overheid (hierna: 'wet M&O') zijn per 1 juli 2012 in werking getreden. De regels zijn opgenomen in de Mededingingswet en dragen een nationaal karakter.[86] De regels worden gehandhaafd door de ACM en kunnen ook aan de orde komen in nationale civiele procedures. Het gaat om regels die randvoorwaarden geven voor overheden die marktactiviteiten[87] ontplooien om zo concurrentievervalsing te voorkomen. De gedragsregels betreffen transparantie, kostprijsdoorberekening en het voorkomen van bevoordeling door gegevensgebruik en functievermenging.

In de regels van de wet M&O, neergelegd in hoofdstuk 4b van de Mededingingswet, getiteld 'Overheden en overheidsbedrijven', wordt ook gesproken over 'overheidsbedrijven', hetgeen een net andere definitie is van het begrip 'openbare bedrijf' in de transparantierichtlijn. Een overheidsbedrijf in de zin van de wet M&O heeft (wel) rechtspersoonlijkheid, hetgeen voor een openbaar bedrijf niet noodzakelijk is. Dit heeft gevolgen voor de reikwijdte van de toepassing van de regels van de wet M&O.

4.9.2 Toepassing

De wet M&O komt vooral tegemoet aan klachten van kleine tot middelgrote ondernemingen die in een nadelige concurrentiepositie bevinden ten opzichte van overheden of overheidsbedrijven die economische activiteiten verrichtten. Bij het laatste kan bijvoorbeeld gedacht worden aan openbare bibliotheken die voordelig dvd's verhuren, stadswachten die een deel van de bewaking van een bedrijventerrein op zich nemen en het door de gemeente ophalen van bedrijfsafval (wat niet als publieke taak van de gemeente wordt gezien).

De gedragsregels geven randvoorwaarden voor de overheden voor het ontplooien van marktactiviteiten:

- de integrale kostprijs (van een dienst of een goed) moet worden doorberekend als de overheid op de markt treedt;[88]
- er mag geen bevoordeling zijn van het 'eigen' overheidsbedrijf;
- er mag geen gebruik worden gemaakt van gegevens die de overheid 'als overheid' heeft verkregen voor ondernemingsactiviteiten als die niet ook aan andere ondernemingen beschikbaar kunnen worden gesteld;
- functievermenging van personen die bestuurlijke en economische activiteiten verrichten, moet worden voorkomen.

Op de gedragsregels markt en overheid is een breed scala aan *uitzonderingen* opgenomen. De nieuwe regels van de Mededingingswet bevatten specifieke uitzonderingen voor sommige gedragsregels en enkele algemene uitzonderingen. Grofweg zijn deze in te delen in uitzonderingen

[86] De regels zijn opgenomen in Hoofdstuk 4b Mw; Besluit tot vaststelling van de datum van inwerkingtreding van de wet Markt en Overheid bekendgemaakt (Stb. 2012, 254), de officiële titel is overigens: 'Wijziging van de Mededingingswet ter invoering van regels inzake ondernemingen die deel uitmaken van een publiekrechtelijke rechtspersoon of die hiermee zijn verbonden (aanpassing Mededingingswet ter invoering van gedragsregels voor de overheid)'zie: EK 31.354, A.

[87] Het begrip 'marktactiviteit' is hetzelfde als het begrip 'economische activiteit' en dus ondernemingsactiviteit (zoals in hoofdstuk 3 beschreven).

[88] Zie voor de doorberekening van de kostprijs het Besluit Markt en Overheid.

voor bepaalde sectoren en uitzonderingen voor bepaalde activiteiten. Indien een uitzonderingsituatie zich voordoet, dan gelden de gedragsregels niet.

Tot de uitgezonderde sectoren behoren openbare onderwijs- en onderzoeksinstellingen, publieke omroepinstellingen en, tot op zekere hoogte, sociale werkplaatsen. Daarnaast zijn bestuursorganen niet krachtens publiekrecht ingesteld (zogenaamde b-organen, hoofdproductschappen, etc.) uitgezonderd van de werking van de wet.

Bij activiteiten die buiten de werking van de wet M&O vallen kan gedacht worden aan het aanbieden van producten of diensten van het ene bestuursorgaan aan een ander bestuursorgaan op basis van een publiekrechtelijke taak. Deze zelfvoorzieningsuitzondering is een uitwerking van de overheid die ook handelt als overheid. Ook geldt dat de gedragsregels niet van toepassing zijn indien sprake is van steunverlening. Indien dit het geval is, gelden immers de Europese staatssteunregels.[89]

Van belang is de volgende uitzondering*:* economische activiteiten in het algemeen belang zijn uitgezonderd van de regels van de wet M&O. Of dit het geval is, dient door de overheid zelf (gemotiveerd) te worden vastgesteld. Ook hier geldt – net als bij de vergelijkbare Europeesrechtelijke uitzondering – dat de publieke taak wel duidelijk moet zijn omschreven, inclusief de welke activiteiten het betreft, de prijsstelling van die activiteiten, de doelgroep en frequentie, en het geografisch bereik.[90] Ook hier geldt dat de motivering voor de algemeen belangvaststelling voldoende, en voldoende helder en inzichtelijk, dient te zijn.

Indien aan deze eisen is voldaan dan zijn de regels van de wet M&O niet van toepassing. Dat spreekt voor zich, want vaak zal een activiteit die in het algemeen belang wordt uitgevoerd – zoals een veerdienst – niet tegen kostprijs (integrale kostprijs) aangeboden worden, zoals van de wet M&O wordt vereist, maar juist voor een laag tarief, of zelfs gratis. Let op: want deze uitzondering neemt niet weg dat de regels voor DAEB (waar het begrip 'algemeen belang' mee verwant is) van toepassing kunnen zijn. Dan blijven de mededingingsregels wel van toepassing, tenzij dat de uitoefening van die taak onmogelijk maakt.

Aangezien in de wet geen bagatelgrens is opgenomen, kunnen de gedragsregels ook soelaas bieden voor kleine en middelgrote ondernemingen wanneer sprake is van (kwantitatief) relatief beperkte concurrentievervalsing door overheidsondernemingen.

4.9.2 De regels van Markt en Overheid en het NFI

In hoofdstuk 7 wordt ingegaan op de vraag of de regels van de wet M&O op het NFI van toepassing zijn. Hier kan al wel worden opgemerkt dat de algemene strekking van de regels van de wet M&O voor die activiteiten die van het toepassingsbereik van deze regels zijn uitgezonderd over het algemeen dan toch gelden via de band van ofwel de transparantierichtlijn of het staatssteunregime.

4.10 Conclusie

De mededingingsregels zijn van toepassing op ondernemingen. Het gaat dan om het kartelverbod, het misbruikverbod en de regels omtrent het concentratietoezicht. Of deze regels van toepassing zijn hangt derhalve af van de kwalificatie van de activiteiten die het NFI onderneemt. Die kwalificatie

[89] Als de financiële bijdrage van de overheid lagers is dan de *de minimis*-grens zoals opgenomen in de Vrijstellingsverordening van de Commissie (€200.000 over een periode van drie belastingjaren) kan de wet Markt en Overheid wel nog steeds van toepassing zijn; zie ook Verordening (EG) Nr. 1998/2006 van de Commissie van 15 december 2006 betreffende de toepassing van de artikelen 87 en 88 [oud, thans artikelen 107 en 108] van het Verdrag op de-minimissteun, (PbEG 2006, L 379)

[90] Handreiking, p. 26.

zal het startpunt zijn voor de analyse in hoofdstuk 7. De groep mededingingsregels die de relatie tussen de overheid en ondernemingen betreft zijn van toepassing als activiteiten van het NFI als ondernemingsactiviteiten moeten worden aangemerkt.

De nuttig effect regel houdt in dat de overheid in haar relatie met ondernemingen geen kartels mag stimuleren of marktregulerende bevoegdheden mag overdragen. De regels van artikel 106 VWEU houden in dat de overheid weliswaar wel een exclusief recht of bijzonder recht mag verlenen, maar daarbij de randvoorwaarden van met name het misbruikverbod in acht moet nemen. Zowel misbruik van machtspositie als de verlening van een exclusief of bijzonder recht (waardoor vrijwel steeds een machtspositie ontstaat) kan gerechtvaardigd worden met een beroep op de uitzondering voor ondernemingen belast met een dienst van algemeen economisch belang. Dat kan alleen als aan de proportionaliteitstoets wordt voldaan. De transparantierichtlijn stelt voorwaarden aan transparantie van de financiële relaties tussen de overheid en openbare bedrijven en aan de boekhouding en kostentoerekening wanneer ondernemingen met een exclusief recht danwel een dienst van algemeen economisch belang ook andere activiteiten verrichten. De regels van de wet Markt en Overheid beogen eveneens concurrentievervalsing tegen te gaan door regels te stellen ten aanzien van het voorkomen van bevoordeling van een overheidsonderneming ten opzichte van een gewone onderneming. Ook deze regels zijn slechts dan van toepassing als activiteiten van het NFI als ondernemingsactiviteiten moeten worden aangemerkt.

Zoals in hoofdstuk 3 aan de orde kwam, omvat het begrip onderneming iedere entiteit die economische activiteiten verricht, ongeacht haar rechtsvorm of de wijze waarop zij is gefinancierd. Economische activiteiten bestaan uit het aanbieden van goederen of diensten op de markt. Geen economische activiteiten zijn er wanneer er sprake is van overheidsprerogatieven (of activiteiten van zuiver sociale aard). De activiteiten van een entiteit, zoals die van de overheid, kunnen worden gesplitst: een entiteit kan voor enkele van haar activiteiten als onderneming worden aangemerkt, en voor andere activiteiten niet. Hierbij dient bedacht te worden dat de grenzen van het ondernemingsbegrip niet eenduidig zijn: het is niet een vastomlijnd begrip. Omdat het gaat om ‘iedere entiteit’ is de vormgeving – voor het NFI is dat de vormgeving als baten-lasten dienst – in eerste instantie niet relevant. Het zij herhaald (zie ook H3) dat een mededingingsrechtelijke benadering begint bij een analyse van de daadwerkelijke activiteiten, in de daadwerkelijke economische context, van een bepaalde entiteit, om te beoordelen of deze activiteiten wel of niet als ondernemingsactiviteit moeten worden aangemerkt. Dat is een verschillende benadering van die waarbij wordt gestart bij de vraag hoe de entiteit is vormgegeven of georganiseerd. Voor de toepassing van het mededingingsrecht is deze ‘organisatorische’ benadering (nog) niet door het Hof van Justitie geaccepteerd. Daarin wordt juist gerept van een *functionele* benadering.

Op de toepassing van de regels, in dit hoofdstuk in kaart gebracht, op het NFI zal worden ingegaan in hoofdstuk 7. In het navolgende hoofdstuk zal eerst het staatssteunregime uiteen worden gezet.

Hoofdstuk 5 – Overheid en mededinging: de EU-regels betreffende staatssteun

5.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt beschreven wanneer er sprake is van staatssteun (par. 5.2) en welke regels van staatssteun van toepassing zijn (par. 5.3) Daarbij moet een onderscheid gemaakt worden tussen staatssteunregels die van toepassing zijn op ondernemingen die belast zijn met een DAEB (par. 5.4) en de gewone staatssteunregels (par. 5.5).

5.2 Wanneer is er sprake van staatssteun?

Voor de vraag wanneer sprake is van staatssteun, moet eerst gekeken worden naar artikel 107 lid 1 VWEU. Dat luidt:

> 'Behoudens de afwijkingen waarin de Verdragen voorzien, zijn steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de interne markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt'.

Er is sprake van in beginsel verboden staatssteun, die vooraf bij de Commissie moet worden aangemeld, wanneer aan de volgende vijf cumulatieve criteria is voldaan:

1. De steun wordt door de staat of met staatsmiddelen bekostigd;
2. De steun komt ten goede aan bepaalde ondernemingen;
3. Er is sprake van een niet-marktconform voordeel;
4. De steun leidt tot (dreigende) vervalsing van de mededinging en;
5. tot ongunstige invloed op de tussenstaatse handel.

Als de staat gelden ter beschikking stelt voor bepaalde activiteiten is aan het eerste criterium voldaan. Wil er sprake zijn van staatssteun dan moeten die gelden ten goede komen aan bepaalde ondernemingen en moet er sprake zijn van een niet-marktconform voordeel.

In het staatssteunrecht wordt met het zelfde begrip onderneming gewerkt als in het mededingingsrecht. Een onderneming is iedere eenheid die een economische activiteit verricht, dat wil zeggen goederen of diensten aanbiedt op de markt.

Wanneer de staat een onderneming voor het verrichten van bepaalde diensten een marktconforme vergoeding geeft is er geen sprake van staatssteun. Maar als de gelden die de overheid verstrekt niet duidelijk gekoppeld zijn aan bepaalde goederen of diensten en het ook niet duidelijk is dat die vergoeding marktconform is, gaan de staatssteunregels meespelen. De begrippen onderneming en niet-marktconform voordeel zijn daarbij cruciaal.

Wat betreft de eisen van (dreigende) vervalsing van de mededinging en ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel moet namelijk worden opgemerkt dat de Commissie zeer snel aanneemt dat aan die eisen is voldaan. Het is bijvoorbeeld niet noodzakelijk dat de betreffende ondernemer zelf op de interne markt in het buitenland actief is. Voldoende is dat de markt waarop

die onderneming optreedt Europees relevant is. Dat is zelfs al het geval wanneer er sprake is van handelen op een lokale of tot Nederland beperkte markt maar het denkbaar is dat ondernemingen uit andere lidstaten bereid zouden kunnen zijn om die activiteiten ook te gaan verrichten. Gezien die zeer ruime aanpak door de Commissie en het Hof van Justitie lijkt er bij de vraag of er sprake is van staatssteun zeer weinig ruimte voor een oordeel dat niet aan het vierde en/of vijfde criterium wordt voldaan.

5.3 Toepasselijke staatssteunregels

Bij de toepassing van de staatssteunregels moet het volgende onderscheid gemaakt worden. Wanneer een onderneming belast is met een DAEB is art. 106 lid 2 VWEU van toepassing en de daarop gebaseerde rechtspraak en regelgeving. Het Altmark-arrest en het zogenaamde Almunia-pakket voor DAEB en staatssteun, dat sinds begin 2012 van kracht is, zijn dan van toepassing. Wanneer een onderneming activiteiten verricht die niet als een DAEB kunnen worden aangemerkt gelden de normale regels van staatssteun die zijn gebaseerd op art. 107 VWEU.

5.4 De staatssteunregels bij DAEB[91]

In het Almunia-pakket voor staatssteunregels bij DAEB wordt extra benadrukt dat voor de toepasselijkheid van die regels twee strenge vooreisen worden gesteld:

i) Er moet sprake zijn van marktwerking: op het verrichten van overheidsprerogatieven buiten de markt om, zijn de marktregels voor staatssteun niet van toepassing.

ii) Er moet sprake zijn van marktfalen: een onderneming moet van de overheid een taak opgelegd hebben gekregen die zij niet of onvoldoende zou verrichten wanneer zij alleen naar de signalen van de markt zou kijken. De onderneming moet als het ware een rugzak opgehangen krijgen. Als er geen sprake is van dergelijk marktfalen ten opzichte van die taak, mag het DAEB-pakket niet worden toegepast en gelden de gewone regels van staatssteun op basis van art. 107 VWEU.

Voor de toepasselijkheid van het DAEB-pakket moet de overheid dus eerst bepaalde activiteiten als een DAEB aanmerken. Voordat de overheid een rugzak kan omhangen moet zij er een maken. Als die activiteiten gezien het marktfalen als een DAEB kunnen worden aangemerkt, dan zijn de verschillende onderdelen van het DAEB-pakket van toepassing te weten:

i) de vier Altmarkcriteria uit het Altmarkarrest;[92]
ii) de DEAB-de-minimisvrijstelling;[93]
iii) het nieuwe Vrijstellingsbesluit;[94]
iv) de nieuwe Kaderregeling.[95]

---

[91] Zie voor een uitwerking van deze regels: M. Aalbers & Bart Hessel, De nieuwe regels voor DAEB en staatssteun en hun betekenis voor decentrale overheden (I) Een overzicht van de begrippen en de regelgeving, Gemeentestem 2012, p. 398-406, 438-448.
[92] Zaak C-280/00, *Altmark* [2003] ECR I-7747.
[93] PbEU 2012, L 114/8.
[94] PbEU 2012, L 7/3.
[95] PbEU 2012 C 8/15.

5.4.1 De vier Altmarkcriteria

In het Altmark-arrest heeft het Hof van Justitie bepaald dat de financiële compensatie voor de DAEB geen staatssteun is in de zin van art. 107 lid 1 VWEU en dus niet behoeft te worden aangemeld. Daarbij moet dan wel worden voldaan aan vier strenge cumulatieve eisen.

1. De begunstigde onderneming moet daadwerkelijk belast zijn met de uitvoering van openbare dienstverplichtingen en die moeten duidelijk zijn afgebakend;
2. De criteria op basis waarvan de compensatie wordt berekend moeten vooraf op objectieve en doorzichtige wijze zijn vastgesteld;
3. De compensatie mag niet hoger zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van de openbare dienstverplichtingen geheel of gedeeltelijk te dekken, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst;
4. Wanneer de met de uitvoering van openbare dienstverplichtingen te belasten onderneming niet wordt gekozen via openbare aanbesteding moet de noodzakelijke compensatie worden vastgesteld aan de hand van de kosten van die een gemiddelde, goed beheerde onderneming, belast met een openbare dienstverplichting, zou hebben gemaakt, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst.

In de beeldspraak van de DAEB als rugzak kunnen de eerste drie Altmarkcriteria als volgt begrepen worden: (1) aangenomen dat de overheid een rugzak heeft gemaakt moet die aan de begunstigde onderneming ook daadwerkelijk worden opgehangen. Daar voor is een duidelijk besluit of een overeenkomst vereist; (2) vooraf moet de overheid objectief en transparant aangeven wat er in de rugzak zit; en (3) de compensatie mag niet meer zijn dan het gewicht van de rugzak, rekening houdend met de opbrengsten en een redelijke winst. Het vierde Altmarkcriterium levert in de praktijk nogal eens problemen op en wanneer aan dat criterium niet kan worden voldaan komen de andere onderdelen van het DAEB-pakket in het vizier.

Bij dat DAEB-pakket zijn de eerste drie Altmarkcriteria van toepassing, maar daarnaast moet ook nog rekening worden houden met een andere eis: voor het totaalbeeld van de staatssteunregels is het van groot belang dat een onderneming die deels belast is met DAEB en daarnaast commerciële activiteiten verricht – denk bijvoorbeeld aan woningcorporaties - een *duidelijke boekhoudkundige scheiding* hanteert tussen de DAEB-activiteiten en de commerciële. Het mag niet gebeuren dat de compensatiegelden die de onderneming ontvangt voor haar DAEB-activiteiten terecht komen bij de gewone activiteiten, want dan is er sprake van ongeoorloofde concurrentievervalsing.

5.4.2 De DAEB-de-minimisvrijstelling

De DAEB-de-minimisvrijstellingsverordening is slechts van toepassing op DAEB-steun tot een bedrag van €500.000,-. Tot dat bedrag gaat men ervan uit dat de DAEB-compensatie geen staatssteun is.

5.4.3 Het nieuwe Vrijstellingsbesluit door DAEB en staatssteun

Het nieuwe Vrijstellingsbesluit regelt wanneer DAEB-steun wel staatssteun is maar niet behoeft te worden aangemerkt. In het Vrijstellingsbesluit worden wel de eerste drie Altmarkcriteria genoemd als eisen die in acht genomen moeten worden maar niet het vierde criterium. Het Vrijstellingsbesluit biedt daarmee mogelijkheden om DAEB steun die niet aan het vierde criterium voldoet, zonder aanmelden toch Europa-proof te maken. Het Vrijstellingsbesluit is echter slechts van toepassing op

DAEB-compensatie van maximaal €15 miljoen.[96] Wanneer de compensatie meer is dan €15 miljoen moet gekeken worden naar de nieuwe Kaderregeling.

5.4.4 De nieuwe Kaderregeling voor DAEB en staatssteun

Compensatiefinanciering voor DAEB die onder de Kaderregeling valt moet dus wel worden aangemeld bij de Commissie en door haar worden goedgekeurd. Om die goedkeuring te krijgen moet de overheid eerst voldoen aan de eisen die de Kaderregeling stelt. Bij de toepassing van de Kaderregeling moet de overheid allereerst aan de eerste drie Altmarkcriteria voldoen. Bijkomend probleem is dat die in de Kaderregeling op een aantal punten strenger zijn omschreven.

5.4.4.1 Voldoen aan het eerste en tweede Altmarkcriterium: par. 2.3 Kaderregeling

Volgens het eerste Altmarkcriterium moet de onderneming die voor DAEB-compensatie in aanmerking komt expliciet met een DAEB zijn belast. In het besluit waarin dat gebeurt, moet volgens punt 16 Kaderregeling: (a) de inhoud en de duur van de openbare dienstverplichtingen worden aangegeven; (b) de betrokken onderneming en, in voorkomend geval, het betrokken grondgebied en (c) de aard van alle uitsluitende of bijzondere rechten die door het toewijzende overheidsorgaan zijn verleend.

Volgens het tweede Altmarkcriterium moeten de criteria op basis waarvan de compensatie wordt berekend vooraf op objectieve en doorzichtige wijze zijn vastgesteld. Op grond hiervan moet in het besluit een onderneming belast wordt met bepaalde DAEB volgens punt 16 Kaderregeling ook worden opgenomen: (d) de beschrijving van het compensatiemechanisme en de parameters voor berekening, monitoring en herziening van de compensatie. Hierbij komt dan nog: (e) de regeling om overcompensatie te vermijden en terug te betalen.

5.4.4.2 Het derde Altmarkcriterium: voorkomen van overcompensatie

Volgens het derde Altmarkcriterium mag de compensatie niet hoger zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van de openbare dienstverplichtingen geheel of gedeeltelijk te dekken, rekening houdend met de opbrengsten alsmede met een redelijke winst uit de uitvoering van die verplichtingen. In par. 2.8 van de Kaderregeling – de punten 21 t/m 50 - wordt zeer uitgebreid aangegeven wat de steun verlenende overheid allemaal moet doen om aan dit criterium te voldoen. Dit veronderstelt een zeer specialistische boekhoudkundige kennis.

5.4.4.3 Extra complicatie bij toepassing van de Kaderregeling

Naast de staatssteunregels en de mededingingsregels spelen bij DAEB natuurlijk ook de aanbestedingsregels een rol. In de nieuwe Kaderregeling van Almunia wordt de koppeling tussen staatssteun en aanbesteding expliciet gemaakt. In par. 2.6. wordt expliciet gesteld dat steun op grond van art. 106 lid 2 VWEU (DAEB-steun dus) alleen verenigbaar verklaard kan worden met de interne markt als ook de aanbestedingsregels goed in acht worden genomen.

5.5 Toepasselijke gewone staatssteunregels

Aangenomen dat er sprake is van een duidelijke boekhoudkundige scheiding tussen de DAEB-taken van een onderneming en gewone marktactiviteiten, zijn op niet-marktconforme overheidsgelden die

[96] Als het om sociale diensten van algemeen economisch belang gaat, geldt dat maximum niet maar dat is niet aan de orde in de NFI-casus.

een onderneming ontvangt voor die gewone marktactiviteiten de gewone staatssteunregels van toepassing in het kader van artikel 107 VWEU. Als bijvoorbeeld gekeken wordt naar R&D- en onderwijsactiviteiten kunnen de volgende regels van toepassing zijn:

1. De de-minimisvrijstelling;[97]
2. De Algemene groepsvrijstellingsverordening;[98]
3. De Communautaire kaderregeling inzake staatssteun voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie.[99]

Terwijl Eurocommissaris Almunia in 2012 met een nieuw pakket regels voor DAEB en staatssteun is gekomen, die er niet eenvoudiger op zijn geworden, moet er rekening mee worden gehouden dat Almunia van plan is in 2013 de gewone staatssteunregels aan te passen. In het navolgende kunnen slechts enkele van de bestaande regels bespreken.

5.5.1 De de-minimisvrijstelling

De gewone de-minimisvrijstellingsverordening heeft slechts betrekking heeft op maximaal €200.000,- en die wordt geacht geen staatssteun te zijn.

5.5.2 De Algemene groepsvrijstellingsverordening en R&D[100]

Staatssteun die onder de Algemene groepsvrijstellingsverordening (hierna: AGVV) gebracht kan worden hoeft niet ter goedkeuring aan de Commissie te worden aangemeld. Als een onderneming staatssteun ontvangt voor R&D die niet het karakter hebben van DAEB-activiteiten kunnen bepaalde vromen van staatssteun onder de AGVV gebracht worden en dan hoeft die staatssteun niet te worden aangemeld bij de Commissie.

De AGVV kent in deel 7 verschillende mogelijkheden voor staatssteun voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie zoals Steun voor onderzoeks- en ontwikkelingsprojecten (art 31); Steun voor technische haalbaarheidsstudies (art. 32); Steun voor innovatieadviesdiensten en voor diensten inzake innovatieondersteuning (art. 36); Steun voor het uitlenen van hooggekwalificeerd personeel (art 37).

Als de overheid voor bepaalde activiteiten staatssteun wil geven en onder de AGVV wil brengen, moet zij het steunarrangement toesnijden op de AGVV: de genoemde activiteiten, de genoemde kosten en het maximale steunpercentage. Daarnaast moeten dan aanvullende eisen in acht genomen worden: het expliciet vermelden van de AGVV, het informeren van de Commissie en het vermelden van het steunarrangement op internet, het opnemen van de Deggendorfclausule, het publiceren van het jaarverslag en het bijhouden van het dossier gedurende 10 jaren.

5.5.3 De Kaderregeling voor O&O&I-steun

Wanneer de overheid bepaalde staatssteun voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie niet onder de AGVV kan brengen, en er dus geen vrijstellingsverordening van toepassing is, moet de staatssteun vooraf ter goedkeuring aan de Commissie worden gemeld. Hierbij kan dan gebruik worden gemaakt van de Kaderregeling inzake staatssteun voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie (‘O&O&I’). In die

[97] PbEU 2006, L 379/5.
[98] PbEU 2008, L 214/3.
[99] PbEU 2006, C 323/1.
[100] Zie voor een uitwerking van de Algemene groepsvrijstellingsverordening: Bart Hessel, de Algemene groepsvrijstellingsverordening voor staatssteun, Gemeentestem 2009, p. 59-66.

Kaderregeling heeft de Commissie precies aangegeven aan welke eisen O&O&I-steun moet voldoen om goedkeuring te verkrijgen. Omdat de huidige Kaderregeling van 2006 eerder is verschenen dan de AGVV van 2008 overlapt die AGVV een deel van de in de Kaderregeling besproken steunmaatregelen. Bij die overlap is dan de AGVV van toepassing en hoeft de steunmaatregel niet aangemeld te worden. Voor de O&O&I-steun uit de Kaderregeling die niet in de AGVV wordt genoemd gelden de voorwaarden uit de Kaderregeling en de eis dat het aangepaste steunarrangement bij de Commissie wordt aangemeld. Wil de overheid gebruik maken van de kansen die de Kaderregeling biedt dan geldt ook hier dat het steunarrangement moet worden toegesneden op de Kaderregeling: de genoemde activiteit, de genoemde kosten en het maximale steunpercentage. Verder moet er rekening mee worden gehouden dat de Commissie over gaat tot een zeer zware zogenaamde nadere beoordeling wanneer het steun bedrag een bepaalde grens overschrijdt: afhankelijk van de activiteit ligt die grens op €10 miljoen, €7,5 miljoen of €5 miljoen.[101] Omdat de nadere beoordeling zeer ver gaat is het belangrijk dat de steun verlenende overheid zich bewust is van die grenzen.

5.6 Conclusie

Wanneer financiële steun door de staat of met staatsmiddelen wordt bekostigd, ten goede komt aan ondernemingen, er sprake is van niet-marktconform voordeel en de steun leidt tot vervalsing van de mededinging en tot ongunstige invloed op de tussenstaatse handel, is sprake van in beginsel verboden staatssteun. Deze moet dientengevolge vooraf bij de Commissie worden gemeld. Een belangrijk onderscheid bij de toepassing van de staatssteunregels moet worden gemaakt tussen ondernemingen die wel of niet belast zijn met een DAEB. Afhankelijk van de beoordeling of een activiteit van een onderneming kan worden aangemerkt als DAEB, zijn immers andere staatssteunregels van toepassing.

Voor de toepasselijkheid van het DAEB-pakket moet de overheid dus eerst bepaalde activiteiten als DAEB aanmerken. In lijn met het Almunia-pakket voor staatssteunregels moeten als marktfalen worden aangemerkt. Indien dit het geval is, kunnen de Altmarkcriteria, de DAEB-de-minimisvrijstelling, het nieuwe Vrijstellingsbesluit en de nieuwe Kaderregeling worden toegepast. Indien activiteiten niet als DAEB zijn aangemerkt, valt overheidssteun onder het toepassingsbereik van de gewone staatssteunregels. Hierbij geldt een andere de-minimisvrijstelling, de Algemene groepsvrijstellingsverordening en de Kaderregeling voor Onderzoek, Ontwikkeling en Innovatie.

[101] Zie par. 7 Kaderregeling O&O&I-steun.

Hoofdstuk 6 – De essentiële begrippen toegepast op het NFI

6.1 Inleiding

In hoofdstuk 3 zijn de begrippen overheidsprerogatief, onderneming en diensten van algemeen economisch belang geïntroduceerd en toegelicht. Het is van belang te bezien of activiteiten van het NFI als overheidsprerogatief of als ondernemingsactiviteiten kunnen worden aangemerkt. Indien geen sprake is van activiteiten die onder het overheidsprerogatief vallen, maar wel als ondernemingsactiviteiten zijn te kwalificeren, is dat nog een 'neutrale' vaststelling: het is helemaal niet verboden om als onderneming actief te zijn. Wel komen dan de mededingingsregels en staatssteunregels in het vizier.

Het is vervolgens van belang om te bezien of zou kunnen worden geconcludeerd dat het NFI is belast met een dienst van algemeen economisch belang, voor zover zij ondernemingsactiviteiten verricht, en tot hoever die dienst van algemeen economisch belang zich uitstrekt. Het gevolg daarvan is dat er een 'gunstiger' regime van de mededingingsregels en staatssteunregels van toepassing kan zijn. Tegelijkertijd gelden dan transparantieregels ten aanzien van de boekhouding en kostensystematiek wanneer er ook 'andere activiteiten' worden ontplooid.

In het onderhavige hoofdstuk 6 worden deze beide preliminaire vragen onderzocht. In paragraaf 2 zal worden onderzocht of het NFI voor (een deel van) zijn activiteiten als onderneming moet worden aangemerkt. In paragraaf 3 wordt onderzocht of kan worden gesteld dat het NFI is belast met een dienst van algemeen economisch belang. Afgesloten wordt met een conclusie en vooruitblik op de navolgende hoofdstukken.

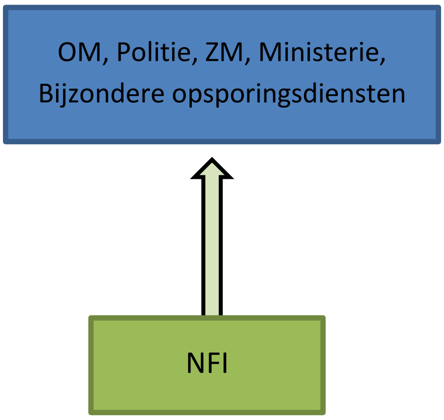
6.2 De activiteiten van het NFI

6.2.1 Overheidsprerogatief

Zoals in hoofdstuk 3 aangegeven, vallen sommige activiteiten zo samen met een klassieke overheidstaak dat zij buiten het begrip ondernemingsactiviteit vallen: er is dan sprake van een overheidsprerogatief. Het handhaven van de openbare orde en veiligheid, bijvoorbeeld, kan een dergelijke taak zijn, omdat deze samenhangt met het 'wezen' van de overheid. Datzelfde geldt voor rechtspraak. De taken die het OM verricht, en de opsporingstaken die de politie verricht kunnen heel goed worden aangemerkt als overheidsprerogatief. Vanuit de organisatorische benadering is daarbij relevant de wijze waarop de Staat de activiteiten heeft gereguleerd. Op grond van de huidige regeling taken NFI valt te bepleiten dat het merendeel is aan te merken als een overheidsprerogatief. Immers, het overgrote deel van de diensten hangt samen met de uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag (zie par. 3.2.2). Het feit dat het NFI in beperkte mate is toegestaan betalende klanten te bedienen, zou niet aan deze conclusie in de weg behoeven te staan om het *geheel* van de activiteiten – vanuit de organisatorische benadering - onder de uitzondering van het overheidsprerogatief te laten vallen.

Dit zal duidelijk anders worden in geval van een meer hybride situatie, waarbij het NFI meer en meer commerciële activiteiten op de markt gaat aanbieden. In dat geval zal het mededingings- en staatsteunrecht onverkort van toepassing zijn en dient hieraan separaat te worden getoetst.

Het lijkt eveneens logisch te veronderstellen dat ook vanuit de functionele benadering dit kan worden bepleit. Immers, het NFI verricht zijn taken (grotendeels) ten dienste van de waarheidsvindingstaken van politie, OM en rechterlijke macht in de strafrechtketen. Als het NFI alléén aan het OM, de politie en de rechterlijke macht diensten zou verlenen, die alléén door het NFI worden aangeboden dan kan, ter ondersteuning van een dergelijk betoog, verondersteld worden dat er geen sprake is van een 'markt'. In een dergelijke situatie zou beargumenteerd kunnen worden dat er sprake is van overheidsprerogatieven, uitgeoefend door het NFI. Dit is de situatie die in figuur 1 als situatie I wordt aangemerkt .



Figuur 1 - situatie I

Echter, niet voor alle activiteiten gaat deze argumentatie *feitelijk* op, zoals hierna verder zal worden onderzocht. Zoals aangegeven, zou bovendien per activiteit een dergelijke analyse dienen te worden gemaakt. Voor de totale omvang van de activiteiten die als 'overheidsprerogatief' zijn te kwalificeren, is derhalve nader onderzoek per specifieke dienst nodig (vanuit de functionele benadering). Dit gaat het bestek van dit onderzoeksrapport te buiten.

6.2.2 Ondernemingsactiviteiten

Voorzover *geen* sprake is van een overheidsprerogatief, is de vraag aan de orde of het NFI als onderneming optreedt op de markt. Deze analyse dient in de context van het mededingingsrecht per activiteit te worden gedaan. In algemene zin zijn de volgende omstandigheden van belang:

- betaling en financiële risico's wijzen op een ondernemingsactiviteit;
- maar of er winst gemaakt wordt is niet relevant;
- daadwerkelijke concurrentie is een aanwijzing dat sprake is van een ondernemingsactiviteit;
- als de activiteit ook door marktpartijen *kan* worden uitgeoefend is dat een aanwijzing dat sprake is van een economische activiteit.

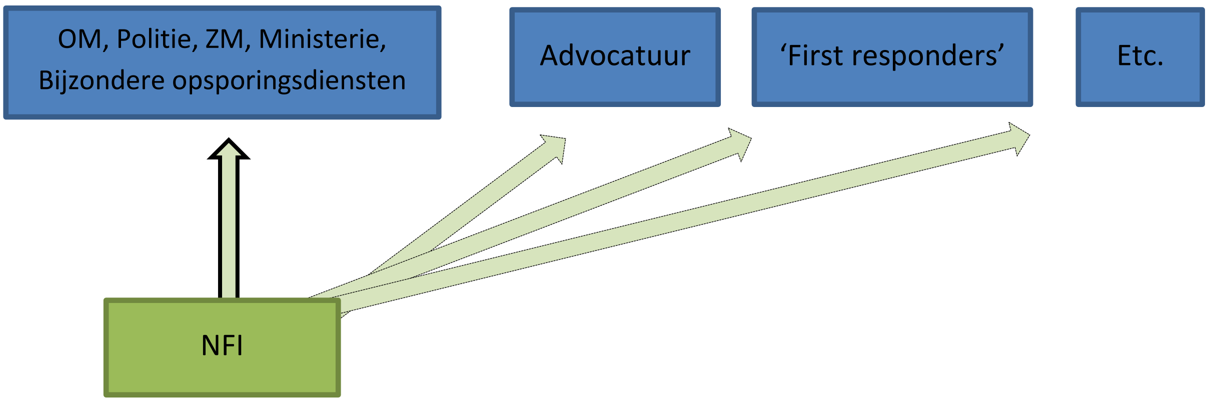
Niet valt uit te sluiten dat een deel van de activiteiten van het NFI als ondernemingsactiviteiten zullen moeten worden aangemerkt. Dit kan mogelijk het geval zijn voor een deel van haar niet-betalende, de huidige betalende diensten en in elk geval voor de toekomstige, commerciële activiteiten. In algemene zin immers kan reeds gesteld worden dat het NFI actief is op een markt, de

markt voor forensische diensten (in brede zin). Een markt is een plaats waar vraag en aanbod bij elkaar komen, fysiek of virtueel, en een prijs wordt bepaald voor de te leveren dienst. Het is in eerste instantie niet relevant dat het (vooralsnog) primair de overheid is die de diensten van het NFI afneemt. Bij deze beoordeling van de activiteiten van het NFI spelen de historische ontwikkelingen een rol: over het algemeen is het zo dat als een overheid marktprikkels introduceert in een bepaalde sector, dáármee de kwalificatie van de aangeboden diensten kan wijzigen, zoals bijvoorbeeld in de zorgmarkt is gebeurd. De beoordeling, per activiteit van het NFI, dient deze context in ogenschouw te nemen.

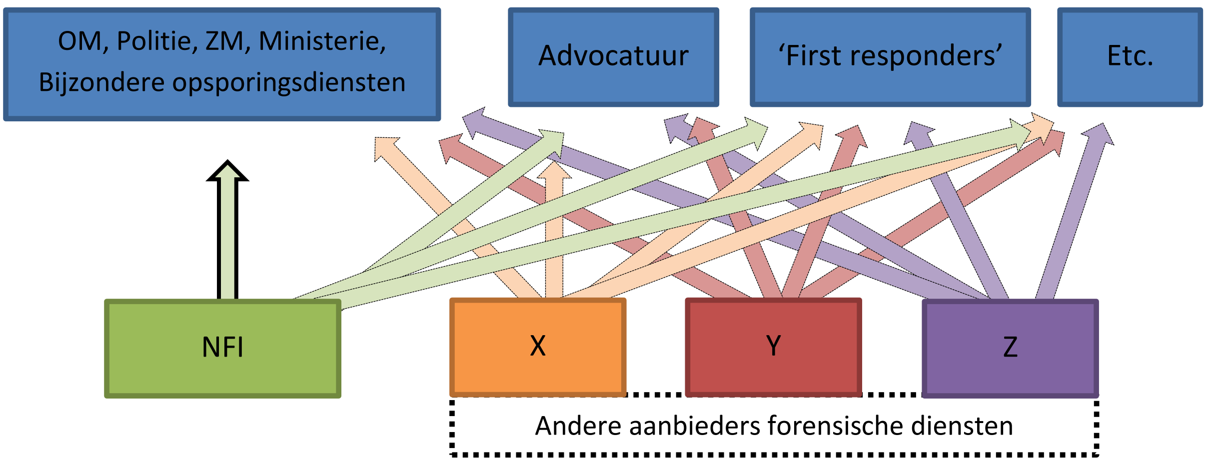
Zoals in hoofdstuk 2 is weergegeven, is er wat betreft vormgeving en plaatsing van het NFI ten opzichte van het Ministerie van V&J sprake van de introductie van zekere efficiëntieprikkels. Dat maakt op zichzelf genomen het NFI nog geen onderneming. Wel is dat gegeven, *samen met* enkele andere factoren genoemd in hoofdstuk 2 – waaronder de pilot, het aanbieden van diensten door het NFI tegen betaling aan anderen dan OM, politie en justitie, de ontwikkelingen op de markt waarbij nieuwe spelers trachten deze diensten eveneens aan OM, politie en justitie aan te bieden en de overwegingen omtrent het mogen aanbieden van nieuwe, commerciële activiteiten, in deze contextuele beoordeling van belang. In deze context hangt immers 'op lange termijn [...] het succes of het economisch overleven (...) af van [het] vermogen, de prestaties die zij aanbied[t] op de betreffende markt te verkopen, ten koste van de prestaties die de andere marktdeelnemers aanbieden'.[102]

Voor de kwalificatie als ondernemingsactiviteit – van elk van de activiteiten van het NFI – is derhalve van belang dat de situatie, aangegeven in de figuur hierboven als situatie I, niet steeds de reële situatie is. Daarvoor is relevant dat de huidige activiteiten niet alleen aan niet-betalende klanten binnen de SLA worden aangeboden, maar ook daar buiten (zie situatie II in figuur 2 hieronder). Maar ook dat activiteiten aan deze afnemers worden aangeboden door anderen dan het NFI (situatie III in figuur 3 hieronder). Dat de activiteiten van het NFI ook commercieel kunnen worden aangeboden (vallend onder 'Etc.' in situaties II en III) slaat in zekere zin 'terug' op de kwalificatie van die activiteiten.

[102] Zaak C-49/07, *MOTOE* v *Elliniko Dimosio* [2008] ECR I- 4863, punt 28.



Figuur 2 - situatie II



Figuur 3 - situatie III

Dat sprake is van economische activiteiten, bestaande uit het aanbieden van diensten op een markt, kan dan ook mogelijk worden geconcludeerd ten aanzien van alle activiteiten die ook nu al door alternatieve marktspelers, zoals FLDO en TFMI, worden aangeboden (zie par. 2.2.3). Dat geldt ook voor activiteiten die tot de kernactiviteiten behoren en die door anderen worden aangeboden, zoals het aanbieden van DNA-onderzoek. Het feit dat deze zelfde activiteiten ook aan betalende klanten – buiten de SLA – worden aangeboden versterkt deze conclusie. Hetzelfde geldt voor het gegeven dat het NFI, indien hiervoor toestemming wordt gegeven, in feite dezelfde diensten zou aanbieden aan commerciële partijen als het NFI nu aan de bestaande afnemers aanbiedt.

Dat in Nederland niet alle diensten die het NFI levert ook daadwerkelijk door private partijen worden aangeboden, betekent nog niet direct dat daarmee het economische karakter van die activiteiten vervalt. Het feit dat deze diensten nog niet worden aangeboden, betekent immers niet dat deze in de toekomst niet aangeboden zouden kunnen worden.[103] De reden voor het niet-aanbieden kan zijn gelegen in de zeer dominante positie van het NFI en/of de zeer beperkte pilot. Daarnaast zou 'de markt' voor die betreffende dienst(en) meer kunnen omvatten dan alleen de Nederlandse markt. Indien buiten Nederland andere partijen deze diensten wel aanbieden zou dat een argument kunnen zijn om de diensten van het NFI als ondernemingsactiviteit aan te merken.

[103] Vergelijk de conclusie van AG Jacobs in zaak C-264/01, *AOK Bundesverband* [2004] ECR I-2493, punt 27.

Het valt buiten het bestek van deze opdracht om deze (feitelijke en economische) vragen nader te onderzoeken.

Het is van belang op te merken dat er een zekere ruis lijkt te zitten tussen de uitleg die aan het begrip 'economische activiteit' wordt gegeven door het Hof van Justitie, die sterk casuïstisch is bepaald en derhalve leidt tot een soort 'conglomeraat' van kenmerken die een ondernemingsactiviteit bepalen, en wat in de Handreiking Wet Markt en Overheid (hierna: 'de Handreiking') wordt opgemerkt over ditzelfde begrip.[104] In deze handreiking – een praktische, maar niet-bindende, handleiding voor overheden om met de bepalingen uit de Wet M&O om te gaan – wordt opgemerkt dat als sprake is van levering tussen twee onderdelen van dezelfde overheidsorganisatie er sprake is van 'zelfvoorziening' en dat in dat geval geen diensten worden aangeboden op een markt 'zodat de overheid niet in concurrentie treedt met derden'.[105] Er zijn (wellicht) goede redenen om deze activiteiten van het toepassingsbereik van de Wet M&O uit te zonderen, maar de conclusie dat er daardoor geen economische activiteiten zijn lijkt een (te) beperkte opvatting van het marktbegrip; zij lijkt ook niet een op een gelijk te zijn aan de uitleg die zou kunnen worden afgeleid uit jurisprudentie van het Hof van Justitie. Zij lijkt bovendien ook haaks te staan op de splitsingstheorie, waarbij het goed mogelijk is dat onderdelen van de overheid als onderneming worden gezien. Het zal, zoals gezegd sterk van de vormgeving van de situatie afhangen of een bepaalde activiteit, aangeboden door een onderdeel van de overheid, als ondernemingsactiviteit moet worden gekwalificeerd. Dat de afnemer een zelfde of andere overheidsdienst is, kan daarbij een rol spelen, maar hoeft niet doorslaggevend te zijn. Er moet derhalve rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat wordt geconcludeerd dat een deel van de activiteiten van het NFI, in tegenstelling tot wat op dit punt in de Handreiking staat vermeld, wel als ondernemingsactiviteit moeten worden aangemerkt.

Zoals in hoofdstuk 2 is omschreven, zou het NFI, als het zou zijn toegestaan om aan 'commerciële klanten' diensten aan te bieden, met name zijn huidige activiteiten voor een bredere groep afnemers willen aanbieden. Deze activiteiten bestaan uit het aanbieden van diensten op de markt, in concurrentie met andere aanbieders en (waarschijnlijk) tegen marktconforme betaling. Zij zijn daarmee ondernemingsactiviteiten.

6.2.3 Conclusie ten aanzien van huidige en toekomstige activiteiten NFI

Op grond van de huidige Regeling Taken NFI valt te bepleiten dat het merendeel van de activiteiten van het NFI is aan te merken als een overheidsprerogatief. Immers, het overgrote deel van de diensten hangt samen met de uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag. Het feit dat het NFI in beperkte mate is toegestaan betalende klanten te bedienen, zou niet aan deze conclusie in de weg behoeven te staan om vanuit de organisatorische benadering het *geheel* van de activiteiten onder de uitzondering van het overheidsprerogatief te laten vallen. Bij een functionele benadering dient per activiteit een beoordeling te worden gemaakt. Het lijkt eveneens logisch te veronderstellen dat ook vanuit de functionele benadering de uitzondering van het overheidsprerogatief voor het merendeel van de activiteiten kan worden bepleit. Immers, het NFI verricht zijn taken (grotendeels) ten dienste van de waarheidsvindingstaken van politie, OM en rechterlijke macht in de strafrechtketen. Een precieze kwalificatie per activiteit valt evenwel buiten het bestek van deze onderzoeksopdracht. De uiteindelijke interpretatie van de begrippen onderneming en

[104] Zie Handreiking Wet Markt en Overheid, p. 6.
[105] Handreiking, p. 6.

overheidsprerogatief ligt bij het Hof van Justitie. De *toekomstige, commerciële* activiteiten zijn aan te merken als ondernemingsactiviteit.

Voor deze conclusie is van belang dat reeds een hybride situatie is ontstaan, bij de regulering van de forensische markt. Immers, niet alleen is het NFI in beperkte mate toegestaan aan betalende derden te leveren, maar is er ook concurrentie geïntroduceerd door het toestaan van pilots. Zolang deze commerciële activiteiten nog slechts een beperkt deel van de diensten van het NFI uitmaken, kan worden bepleit dat het geheel van haar activiteiten nog onder het overheidsprerogatief valt of dat de niet-economische activiteiten kunnen worden afgesplitst van de economische activiteiten. Indien het NFI in de toekomst zou worden toegestaan meer in concurrentie met derden te gaan aanbieden, is de kans aanzienlijk groter dat het mededingingsrecht en staatssteunrecht volledig van toepassing is.

Voor zover bepaalde activiteiten niet onder het overheidsprerogatief vallen, zijn zij als ondernemingsactiviteit aan te merken. Bij deze beoordeling zijn vanuit het mededingingsrecht onder meer de volgende elementen van belang: dat het NFI wél als losstaande entiteit opereert (en niet als ministerie van V&J), dat de financiële relatie tussen NFI en het ministerie er een is van onderhandeling en reële betaling voor afgenomen diensten en dat daarin efficiëntieprikkels zijn opgenomen; dat er reële alternatieve aanbieders zijn voor (in ieder geval een deel van) de diensten die het NFI levert; dat er concurrentie is geïntroduceerd in deze markt. Deze conclusie geldt voor de diensten die binnen dezelfde rechtspersoon (tussen NFI en OM) worden geleverd, maar die ook nu al, of in potentie, door anderen kunnen worden aangeboden (zoals DNA-onderzoek), en geldt (ook volgens de uitleg van de Handreiking) in ieder geval voor diensten die door anderen worden afgenomen, zoals de politie, ambulanceorganisaties of de advocatuur.

Met het karakteriseren van de diensten van het NFI als ondernemingsactiviteiten is nog niets gezegd over de *toelaatbaarheid* van deze. Op zichzelf zijn er geen mededingings- of staatssteunregels die verbieden dat een overheidsorgaan (een baten-lastendienst) zich op de markt begeeft. Er is op de markt dus geen sprake van een 'overheids-verbod'. Voor de ondernemingsactiviteiten moeten overheden echter wel beseffen dat *bovenop* alle andere regels ook rekening moet worden gehouden met de mededingingsregels (inclusief de regels van de wet M&O) en de staatssteunregels. Wat dat betekent, komt in de volgende hoofdstukken aan de orde.

6.3 Diensten van algemeen economisch belang en het NFI

6.3.1 Inleiding

In hoofdstuk 3 is het begrip *dienst van algemeen economisch belang* (hierna: 'DAEB') uiteengezet. Wanneer een onderneming is belast met een DAEB, zijn de mededingingsregels en staatssteunregels weliswaar van toepassing, maar vaak in een 'mildere' vorm. Dergelijke ondernemingen is meer toegestaan dan 'gewone' ondernemingen. Ondernemingen die zowel een DAEB als daarnaast nog andere activiteiten uitoefenen, dienen zich aan enkele randvoorwaarden te houden. In de volgende paragrafen zal worden onderzocht of kan worden beargumenteerd dat het NFI is belast met een DAEB. Dat is alleen dan van belang als het NFI (of een deel van haar activiteiten) als onderneming moet worden aangemerkt. Voor die activiteiten die buiten het ondernemingsbegrip vallen is het DAEB-concept niet relevant.

6.3.2 NFI als belast met een DAEB – huidige activiteiten

Zoals aangegeven in hoofdstuk 3 zijn drie elementen van belang:

i) er moet sprake zijn van een publiek belang;
ii) er moet sprake zijn van een vorm van marktfalen;
iii) het NFI moet zijn belast met het aanbieden van de betreffende dienst.

Ad i) Publiek belang en marktfalen met betrekking tot kerntaken

Ten aanzien van de huidige kerntaken van het NFI (zie par. 2.5.5) kan zeer wel worden betoogd dat deze activiteiten worden uitgeoefend in het kader van een publiek belang. Dat publiek belang is gelegen in de belangrijke positie van de activiteiten van het NFI in de waarheidsvinding in strafrechtelijk onderzoek. Hiermee draagt het NFI bij aan het goed functioneren en in stand houden van de rechtsstaat. Het publiek belang blijkt uit de wijze van taakstelling aan het NFI in de Regeling Taken NFI, en is dat sprake is van een 'publieke taak' is ook expliciet verwoord door onder andere de minister van V&J.[106]

Deze kwalificatie ligt met name voor de hand voor de activiteiten vastgelegd in de SLA; hier is de link met waarheidsvinding in de strafrechtelijke keten het sterkst aanwezig. Het is ook heel goed mogelijk de kerntaken die het NFI buiten de SLA, voor betalende klanten, verricht als publieke taak aan te merken. Deze diensten betreffende dezelfde diensten en afnemers als binnen de SLA hoewel zij anders worden gefinancierd. Ook de activiteiten die het NFI verricht ter ondersteuning van de internationale rechtsorde zouden kunnen worden aangemerkt als activiteiten die worden verricht in het kader van een publiek (in dit geval internationaal) belang.

Aan het aanbieden van het geheel van deze activiteiten – dus de activiteiten gezamenlijk – liggen enkele meer of minder reeds expliciet gemaakte veronderstellingen ten grondslag:

- het NFI wordt geacht de capaciteit en kwaliteit in huis te hebben om het gehele (brede) scala aan activiteiten, kernactiviteiten en bijkomende taken, te kunnen aanbieden;
- het NFI wordt geacht de capaciteit voor deze taken voor handen te hebben, zelfs als het gaat om activiteiten waar slechts enkele malen per jaar 'vraag' naar is en zelfs in vakantieperiodes;
- het NFI wordt geacht diensten van een zeer hoge kwaliteit te leveren;
- het NFI wordt geacht te investeren in de benodigde (dure) apparatuur ten behoeve van de kwaliteit van de waarheidsvinding in de strafrechtketen;
- het NFI wordt geacht de technische en niet-technische *know how* steeds up-to-date te houden;
- het NFI wordt geacht een internationaal erkend R&D en kenniscentrum te zijn en een rol te spelen in het uitdragen van de internationale rechtsorde en *rule of law*.

De veronderstellingen zijn onderling verweven: omdat het NFI wordt geacht een continue en hoge kwaliteit te leveren dient zij voldoende capaciteit 'voorhanden' te hebben en binnen deze capaciteit voldoende niet-productieve uren (uren die niet rechtstreeks gerelateerd zijn aan een te leveren dienst) ten behoeve van de kennisontwikkeling en innovatie te reserveren. Omdat het NFI een

[106] Zie onder andere de Brief van de minister aan de Tweede Kamer van 5 juli 2012, 'Standpunt over toekomst forensisch onderzoek', begeleidend schrijven bij overhandiging van het evaluatierapport van Pro Facto (2012).

internationaal erkend kenniscentrum wordt verwacht te zijn, en bij te dragen aan het uitdragen van de *rule of law*, dient zij ook daarvoor capaciteit te reserveren en kennis te ontwikkelen.

Met het hier expliciteren van de veronderstellingen wordt direct duidelijk dat het overlaten aan een niet-gereguleerde markt zeer waarschijnlijk niet zou leiden tot het kunnen voldoen aan deze verwachtingen: er is sprake van een zekere mate van marktfalen. Immers, op een 'gewone' markt zou (hoogstwaarschijnlijk) slechts die diensten worden aangeboden die onder economisch rendabele omstandigheden kunnen worden aangeboden: de 'krenten-uit-de-pap'. Een voorbeeld van een rendabele dienst is het DNA-onderzoek, waarvoor alternatieve aanbieders zichzelf actief op de markt aanbieden. De diensten waar slechts in zeer beperkte mate vraag naar is, maar die voor het kunnen blijven aanbieden van het brede palet aan kwalitatief hoogstaande diensten op een continue basis van belang zijn, zouden eerder wegvallen. Het is zeer waarschijnlijk dat het overlaten aan 'de markt' niet het op hoog kwaliteitsniveau, op een continue beschikbaarheidsbasis, kunnen aanbieden van forensische diensten zou opleveren. Investeringen in dure apparatuur en continue R&D zou niet kunnen worden volgehouden. In die zin is sprake van marktfalen.

Ad ii) Publiek belang en marktfalen met betrekking tot bijkomende taken

Het is minder gemakkelijk om alle activiteiten die vallen onder de bijkomende taken (zie par. 2.5.5) waarmee het NFI is belast als DAEB aan te merken. In ieder geval enkele van deze activiteiten – zoals het aanbieden van cursussen aan ambulancepersoneel – kunnen *op zichzelf* op een concurrerende markt worden aangeboden, zonder dat daarmee het niveau van waarheidsvinding in de strafrechtketen of de continuïteit van de dienstverlening van het NFI in gevaar komt. Er is wellicht sprake van een publiek belang, maar minder gemakkelijk in te zien hoe zich hier een marktfalen voordoet. Tenzij ook voor dergelijke activiteiten een zeker minimum moet worden gewaarborgd en ook voor deze activiteiten er een maatschappelijk relevante reden is om ze aan een algemeen markt te onttrekken kunnen deze activiteiten minder gemakkelijk als DAEB worden aangemerkt.

Ad iii) Het 'belast zijn met'

De vraag is of het NFI is belast met de hier omschreven dienst van algemeen economisch belang. Normaliter kan een dergelijk 'belast zijn met' snel worden afgeleid, uit bijvoorbeeld de verlening van een vergunning, een concessie, een exclusief recht of uit de wet of regelgeving. Een dergelijke zeer expliciete opdracht is in dit geval niet te vinden, met uitzondering van enkele specifieke activiteiten zoals alcoholcontroles in de daartoe specifiek opgestelde regelgeving.[107] Onder omstandigheden kan echter ook uit een 'samenstel van regelingen' het 'belast zijn met' worden *afgeleid.* In dit geval zou dat kunnen worden afgeleid uit het samenspel van Regeling Taken NFI, waarin de kerntaken en bijkomende taken die door het NFI moeten worden aangeboden worden omschreven, en door hetgeen in de SLA is neergelegd, waarin immers tot op gedetailleerd niveau wordt uitgewerkt welke diensten het NFI zal leveren. Deze constructie is echter niet geheel doorzichtig.

Het verdient aanbeveling om, ofwel in een ministeriele regeling, ofwel via andere vormgeving, het NFI *expliciet* te belasten met de aan het NFI opgedragen DAEB waarbij niet alleen belangrijk is te expliciteren *dat* de DAEB wordt opgedragen, maar ook *welke* die DAEB is (kerntaken, bijkomende

[107] Het NFI wordt in het Besluit alcoholonderzoeken (Stb. 1997, 293) niet bij naam genoemd. Artikel 19 bepaalt enkel dat 'Het onderzoek van bloed of urine wordt verricht door een door Onze Minister van Veiligheid en Justitie aangewezen laboratorium'. De Aanwijzing onderzoek rijden onder invloed (2011A005, vervalt per 31-05-2015) wijst het NFI vervolgens aan als bevoegd onderzoekslaboratorium.

taken), en *welke eisen* (zoals hiervoor als veronderstellingen opgesomd) aan het leveren van die DAEB worden gesteld. Indien aan deze voorwaarde is voldaan, is goed te onderbouwen dat het NFI is belast met een dienst van algemeen economisch belang.

6.3.3 Wie beslist wat als DAEB wordt aangemerkt?

Het is aan de overheid (in dit geval hoogstwaarschijnlijk de minister van V&J) om vast te stellen wat als DAEB moet worden aangemerkt. Deze vaststelling kan per lidstaat verschillen. De vraag of het NFI is belast met een DAEB kan aan de orde komen in een nationaal geding. Het is uiteindelijk het Hof van Justitie van de EU die op de uitleg van dit begrip toeziet. Omdat het primair aan de lidstaten is om te beoordelen welke diensten als DAEB moeten worden aangemerkt, is deze rechterlijke toetsing door het Hof echter terughoudend. Met andere woorden: als duidelijk is gemaakt dat het NFI is belast met een DAEB, welke dat is, waarom dat een DAEB is, en onder welke voorwaarden deze wordt aangeboden, is goed bepleitbaar dat dit voor alle, en in ieder geval het merendeel, van de huidige taken van het NFI zal worden geaccepteerd.

6.3.4 NFI en DAEB – commerciële activiteiten

Het is moeilijk vol te houden dat de nieuwe, commerciële activiteiten door het NFI zullen worden uitgeoefend als onderdeel van een DAEB. Het is ten eerste onduidelijk wat hier de publieke taak is als sprake is van het aanbieden op een concurrerende markt. Het is ten tweede onduidelijk welke verplichtingen het NFI 'extra' zouden worden gegeven, waardoor kan worden beargumenteerd dat sprake is van een maatschappelijk belang.

Nu is het zo dat onder omstandigheden kan worden beargumenteerd dat een onderneming, belast met een DAEB, ook aanpalende activiteiten moet kunnen uitoefenen zonder daarbij concurrentie van anderen te ondervinden. De constructie, bekend uit de jurisprudentie van het Hof, is dan dat de onderneming een *exclusief* recht krijgt voor het uitoefenen van de DAEB en tegelijkertijd een exclusief recht voor een niet-DAEB: het veelgebruikte voorbeeld is van een onderneming die het exclusief recht krijgt voor het spoedeisende ziekenvervoer per ambulance (een DAEB) en tegelijkertijd het exclusief recht voor het niet spoedeisen ziekenvervoer (geen DAEB).[108] De rechtvaardiging daarvan – maar eigenlijk is dit het onderwerp voor hoofdstuk 4 – ligt in het voorbehouden van de niet-DAEB activiteiten omdat daarmee de wel DAEB activiteiten rendabel kunnen worden uitgevoerd. Hier ligt natuurlijk een keuze aan ten grondslag die met name ook de financiering van de DAEB betreft, maar áls zij op deze wijze wordt gefinancierd (en mits aan andere voorwaarden is voldaan) dan kan deze constructie worden geaccepteerd.

Een dergelijke constructie is echter moeilijk vol te houden voor het NFI. Niet alleen heeft het NFI geen exclusief recht voor het aanbieden van de DAEB waarmee zij is /wordt belast, het ligt ook helemaal niet in de bedoeling dat de commerciële activiteiten, die het NFI zou kunnen ontplooien, niet in concurrentie zouden worden aangeboden op de markt. De commerciële activiteiten zijn geenszins vormgegeven als exclusief voorbehouden aan het NFI, in tegendeel. Hoewel het mogelijk zou kunnen zijn te beargumenteren dat het NFI de commerciële activiteiten nodig heeft om zo zijn DAEB (mede) te financieren (hetgeen het geval kan zijn bij en teruglopende begroting terwijl de eisen, gesteld aan de forensische dienstverlening, niet worden verlaagd) worden de commerciële activiteiten daarmee niet zélf een DAEB. Deze redenering, die loopt via de verlening van een exclusief recht, is dus niet gemakkelijk toepasbaar op het NFI.

[108] Zaak C-475/99, *Ambulanz Glockner* [2001] ECR I-8089.

6.3.5 Conclusie ten aanzien van DAEB en het NFI

Het is goed verdedigbaar dat het geheel van de huidige taken van het NFI kan worden aangemerkt als DAEB, hoewel dat voor een deel van de activiteiten wellicht lastiger te beargumenteren is. Het verdient wel aanbeveling zowel het belasten met de DAEB, als de inhoud van de DAEB, als de eisen gesteld aan de DAEB te expliciteren. De commerciële activiteiten zijn moeilijk als DAEB aan te merken. Met het wel of niet aanmerken van activiteiten als DAEB is – opnieuw – nog niets gezegd over de toelaatbaarheid van de activiteiten of de wijze van financiering en vormgeving daarvan.

6.4 Conclusie

Bepleitbaar is dat de huidige activiteiten die op grond van artikel 1, lid 1 Regeling taken NFI, als overheidsprerogatief zijn te kwalificeren, aangezien deze dicht aan liggen tegen de uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag. De Regeling Taken NFI is ook met dit oog zo door de wetgever opgesteld. In dat geval zijn het mededingingsrecht en staatsteunrecht niet van toepassing op deze kernactiviteiten van het NFI. De vraag is of deze conclusie ook zal gelden voor de diensten aan betalende klanten. Dit is in een organisatorische benadering slechts mogelijk als het slechts om een klein aandeel van de totale activiteiten van het NFI gaat. Dan is het mogelijk alle activiteiten als geheel onder het overheidsprerogatief te brengen en uit te sluiten van het mededingings- en staatsteunrecht. In een functionele benadering dient per activiteit te worden beoordeeld of sprake is van een economische activiteit. Voor toekomstige commerciële activiteiten geldt deze uitzondering in elk geval niet en zijn het mededingingsrecht en staatsteunrecht onverkort van toepassing.

Voor ondernemingen belast met een *dienst van algemeen economisch belang* ('DAEB') gelden uitzonderingen op de mededingingsregels, mits aan genoemde voorwaarden is voldaan, specifieke eisen onder de regels van de wet Markt en Overheid, en een eigen staatssteunregime. Betoogd zou kunnen worden dat het NFI voor het geheel aan huidige activiteiten in elk geval een dienst van algemeen economisch belang uitoefent, hoewel dat voor enkele activiteiten lastiger is vol te houden. Dat zij is belast met deze dienst, waar deze precies uit bestaat en aan welke eisen deze dienstverlening moet voldoen dient explicieter in de wettelijke regelingen te worden benoemd.

In de hiernavolgende hoofdstukken zal worden bezien wat het gevolg is van de toepassing de mededingingsregels en de staatssteunregels op het NFI, gezien deze kwalificaties.

Hoofdstuk 7 – Toepassing van de mededingingsregels op activiteiten van het NFI

7.1 Inleiding

In hoofdstuk 4 zijn de mededingingsregels uiteengezet. In dit hoofdstuk worden ten eerste regels op het NFI toegepast die rechtsreeks gericht zijn tot ondernemingen: het kartelverbod (par. 7.2), het misbruikverbod (par. 7.3) en het concentratietoezicht (par. 7.4). Ten tweede worden de regels op het NFI toegepast die gelden in de relatie tussen overheid en onderneming: de verlening van exclusieve of bijzondere rechten (par. 7.5), de nuttig effect doctrine (par. 7.6), regels omtrent openbare ondernemingen (par. 7.7), de regels van de transparantierichtlijn (par. 7.8) en van de wet Markt en Overheid (par. 7.9). Dit hoofdstuk sluit af met een conclusie (par. 7.10). Deze bepalingen zijn van toepassing voor zover geen sprake is van een overheidsprerogatief.

7.2 Het kartelverbod en het NFI

Het is niet waarschijnlijk dat in de context van dit rapport het kartelverbod een rol zal spelen. Omdat het NFI voor (een deel van) haar activiteiten als onderneming moet worden aangemerkt dient zij in relaties met andere ondernemingen het kartelverbod niet te overtreden.

7.3 Misbruik machtspositie

Zoals aangegeven in hoofdstuk 4 is het voor een onderneming die een machtspositie inneemt verboden van deze positie misbruik te maken.

7.3.1 Machtspositie van het NFI op de relevante markt

De vraag of het NFI een machtspositie inneemt kan slechts dan worden beantwoord als de ‘relevante markt’ wordt afgebakend.[109] Het voert buiten het bestek van deze opdracht om voor ieder van de categorieëndiensten van het NFI deze exercitie uit te voeren. Als echter sprake is van (een) nationale markt(en) dan is het zeer aannemelijk dat het NFI een machtspositie inneemt op die markt. Zij lijkt, zelfs op de meest concurrerende van de activiteiten die zij verricht (het DNA-onderzoek) verreweg de grootste marktpartij.

Op zichzelf is het innemen van een machtspositie niet verboden. Op een onderneming met een machtspositie rust echter een ‘bijzondere verantwoordelijkheid’: zij mag van die positie geen misbruik maken. In de kern wordt misbruik gemaakt van een machtspositie als er sprake is van gedrag dat de (eind)gebruiker schaadt.

[109] Zie Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, PB C372 van 9.12.1997, blz. 5–13.

7.3.2 Misbruik

7.3.2.1 Type activiteiten die vatbaar zijn voor misbruik

Het is met name ten aanzien van de activiteiten die ook door andere aanbieders worden (of kunnen worden) aangeboden dat de kans bestaat dat het NFI misbruik kan maken van haar machtspositie. Die kans is versterkt aanwezig als het NFI nieuwe, commerciële activiteiten gaat ontplooien. Let wel: het is ook heel goed mogelijk dat een positie op de ene markt wordt gebruikt om een positie op een verwante markt te versterken. Er kan dan sprake zijn van een machtspositie op de ene en misbruik op de andere markt (de hefboomwerking van marktmacht).[110] Vooralsnog lijkt het echter aannemelijk dat het NFI op alle markten waarop zij actief is een machtspositie inneemt, zodat de constructie van de hefboom niet aan de orde is.

7.3.2.2 Uitsluitings- en uitbuitingsmisbruik

Zoals aangegeven in hoofdstuk 4 komt misbruik voor in twee (globale) gedaantes:

- Uitsluitingsmisbruik: de machtspositie wordt gebruikt om te voorkomen dat andere spelers de markt betreden of om aanwezige spelers van die markt af te duwen, bijvoorbeeld door zeer lage prijzen te rekenen;
- Uitbuitingsmisbruik: de machtspositie wordt uitgebuit en dat is ook mogelijk omdat er geen of weinig concurrentie is, bijvoorbeeld door hoge prijzen.

Met betrekking tot de activiteiten van het NFI ligt het minder voor de hand dat misbruik zich voordoet bij die diensten die *binnen* de SLA vallen. Wat betreft *uitbuitingsmisbruik* zou bijvoorbeeld een ondoorzichtig prijsbeleid van het NFI kunnen leiden tot de uitbuiting van de politie en het OM – de hoofdafnemers van diensten binnen de SLA. Dat lijkt op het eerste gezicht onwaarschijnlijk.

Ook van *uitsluitingsmisbruik* door het NFI lijkt binnen de SLA minder snel sprake (het zijn de afnemers van de SLA die het NFI selecteren als instituut voor het leveren van producten en diensten die van belang zijn voor de waarheidsvinding in strafrechtelijk onderzoek), maar dat kan anders liggen als de toegang tot deze afnemers (de afnemers binnen het SLA) wordt afgeschermd. Voor die activiteiten, en ook activiteiten buiten de SLA kan met name gedacht worden aan twee vormen van uitsluitingsmisbruik:

i) marktafscherming door het NFI, zodat nieuwe markttoetreders belemmerd worden de markt te betreden, en;

ii) misbruik door ondoorzichtig prijsbeleid, waardoor met kruissubsidiering een product of dienst van een bepaalde kwaliteit kan worden geboden voor een prijs die niet haalbaar is voor concurrenten (‘misbruik door prijsstelling’).

Ad i) Marktafscherming kan ontstaan doordat het NFI zich klanten ‘voorbehoudt’: het is ‘vanzelfsprekend’ dat de kring van afnemers aan wie het NFI diensten levert ook nieuwe diensten bij het NFI betrekt of dat deze afnemers bestaande diensten niet bij andere aanbieders betrekken. Een dergelijke marktafschermende werking kan reeds uitgaan

[110] In zaak C-333/94P, *Tetra Pak* v *Commissie* [1996] ECR I-5951 werd gesteld dat een onderneming met een machtspositie op een bepaalde markt en een leidende positie op een andere – doch nauw verwante – markt verkeerde in een situatie gelijk aan een machtspositie op beide markten gezamenlijk.

van het feit dat het NFI een sterke naam heeft opgebouwd door jarenlang het enig forensisch instituut in Nederland te zijn. Die marktafschermende werking kan worden versterkt doordat de overheid voor de kerntaken – hoewel het NFI geen exclusief recht is toegekend – sinds lange tijd het NFI inzet. Voorbeelden van concrete marktafscherming zijn het aan zich binden van klanten door bijvoorbeeld getrouwheidskortingsregelingen van een dominante speler. Of het rekenen van prijzen, door de dominante speler, die onder de kostprijs liggen zodat een concurrent deze diensten niet winstgevend kan aanbieden. Er zijn geen indicaties ontvangen dat hiervan sprake zou (kunnen) zijn.

Marktafscherming kan ook bestaan uit het voorbehouden van een essentiële faciliteit: een netwerk of een intellectueel eigendomsrecht niet beschikbaar stellen (licentie of toegang verlenen) aan anderen die dezelfde diensten als degene die over de essentiële faciliteit beschikt wil aanbieden. Betoogd zou kunnen worden dat het NFI over essentiële faciliteiten beschikt, in de vorm van kostbare apparatuur, waarvoor zij de noodzakelijk investeringen heeft kunnen doen doordat zij onderdeel is van het ministerie.[111] De parallel ligt bij een elektriciteits- of spoornetwerk dat is aangelegd voordat daadwerkelijke marktwerking zijn intrede deed. Commerciële partijen kunnen deze investeringen niet gemakkelijk overdoen en worden dan in zekere zin van de markt geweerd, tenzij hen toegang wordt verleend tot het netwerk. Het is niet voorshands duidelijk dat inderdaad sprake is van een essentiële faciliteit en dat (daarom) toegang zou moeten worden geboden aan commerciële derde partijen, maar het is een scenario dat, met meer inzicht in de financiële en economische omstandigheden, nader onderzocht zou kunnen worden.

Ad ii) Misbruik door prijsstelling komt vaak voort uit een vorm van kruissubsidiering. In dat geval wordt een commerciële marktactiviteit (mede) gefinancierd uit middelen die niet door die activiteit worden opgebracht. Kruissubsidiëring kan subtiel, in die zin dat bijvoorbeeld het personeel voor beide activiteiten wordt ingezet, waardoor personeelskosten per activiteit dalen. Het kruissubsidiëren van nieuwe, commerciële activiteiten, door middelen te gebruiken die via de SLA (en breder: via de opgedragen DAEB) aan het NFI toekomen is niet geoorloofd. Op deze wijze kan immers een te lage prijs worden gerekend, die door commerciële partijen niet kan worden gerekend.

Bij misbruik door prijsstelling moet met betrekking tot het NFI een tweetal kanttekeningen worden geplaatst. Ten eerste is de prijsstelling van het NFI dusdanig *hoog* – juist omdat zij is belast met een DAEB heeft het NFI intrinsiek hoge kosten – dat misbruik door te lage prijzen zelfs bij kruissubsidiering minder voor de hand ligt. Ten tweede kan het op orde brengen van de boekhouding en het opzetten van een transparant en helder kostentoerekeningsysteem kruissubsidiering voorkomen. Deze eis van een gescheiden boekhouding en heldere kostentoerekening geldt vanuit verschillende stelsels van regelgeving, zoals hierna zal blijken, en is dus sowieso een goede aanbeveling.

[111] Er kan ook sprake zijn van staatssteun, zie hierna.

7.3.2.3 Schemerzone: misbruik of behoorlijk marktgedrag?

In theorie zijn bovenstaande vormen van misbruik door het NFI mogelijk. Er is echter een 'schemerzone' tussen daadwerkelijk 'hard' misbruik en behoorlijk 'markt'gedrag; een zone die ook door de regels van de Wet M&O worden bestreken als het gaat om overheidsinstellingen die marktactiviteiten ontplooien (zie par. 7.9). Dit betekent dat het NFI in al haar activiteiten, maar met name bij de nieuwe commerciële activiteiten, zich bewust zou moeten zijn van zijn historisch gegroeide en bevoorrechte positie en hiermee verantwoord om moet gaan. Van misbruik zal dan niet snel sprake zijn. Dat is ook minder waarschijnlijk als de prijsstelling van de diensten van het NFI transparant is en aan de eisen voldoet die aan boekhouding en prijsstelling worden gesteld als een onderneming is belast met een DAEB (H6), als de wet M&O van toepassing is (H7) en als de 'gunstiger' staatssteunregels van toepassing zijn (H8). Dit is een belangrijk (en terugkerend) element.

7.3.3 Misbruikverbod en DAEB

Ook voor het misbruikverbod geldt een uitzondering voor ondernemingen belast met een dienst DAEB (artikel 25 Mw/artikel 106 lid 2 VWEU). Hiervoor is in hoofdstuk 2 aan de orde gekomen wat moet worden verstaan onder een DAEB. Omdat een dominante onderneming die is belast met een DAEB vaak belast is door middel van de verlening van een exclusief recht (door de overheid), zal op deze uitzondering hierna nader worden ingegaan. Van belang is te onderkennen dat veel van de regels die betrekking hebben op de inrichting van een DAEB raakvlak hebben met het verbod van het maken van misbruik van een machtspositie: als een DAEB op een wijze wordt ingericht die aan de randvoorwaarden voldoet, dan zal niet snel (ook) sprake zijn van misbruik van machtspositie tenzij die op een heel andere activiteit betrekking heeft.

7.4 Concentratietoezicht

Zoals aangegeven geldt voor het NFI, nu zij hoogstwaarschijnlijk voor een deel van de activiteiten als onderneming moet worden aangemerkt, het concentratietoezicht als zij zich begeeft op het vlak van fusies, overnames of het oprichten van gemeenschappelijke ondernemingen (joint ventures). Wanneer deze regels van toepassing zijn valt verder buiten het bereik van dit rapport.

7.5 Nuttig effect norm

Zoals besproken in par. 4.5 houdt de kern van de 'nuttig effect'-norm in dat de overheid niet mee mag werken aan het ontnemen van het nuttig effect van de mededingingsregels. In de jurisprudentie van het Hof van Justitie is dit zo uitgelegd dat het voor de praktijk betekent dat het de overheid – in dit onderzoeksrapport het ministerie van V&J – niet is toegestaan de totstandkoming van een kartel te stimuleren en ook niet hun eigen marktregulerende bevoegdheden op een manier over te dragen aan marktpartijen waardoor die marktpartijen eigenlijk een kartel kunnen vormen. De nuttig effect norm kan ook worden toegepast in samenhang met het verbod op het maken van misbruik van machtspositie, hoewel de relatie tussen de overheid en een onderneming meteen machtspositie meestal via de route van ofwel het openbaar bedrijf (hierna) of via de route van verleende exclusieve rechten (ook hierna) wordt beoordeeld.

Het is niet waarschijnlijk dat in de relatie tussen het ministerie en het NFI de nuttig effect norm wordt overtreden doordat het NFI wordt gestimuleerd tot kartelvorming over te gaan. Die situatie veronderstelt ten eerste dat er tussen het NFI en andere marktpartijen overleg plaats vind dat

mededingingsrechtelijke gevolgen heeft: afspraken of overleg over prijzen, aanbod van diensten, etc. Daarvan zijn geen indicaties ontvangen. Het is niet waarschijnlijk dat kan worden betoogd dat de overheid verantwoordelijkheden voor het nemen van interventies op economisch terrein heeft overgedragen aan marktdeelnemers. Weliswaar heeft het NFI een grote verantwoordelijkheid in de totstandkoming van de SLA, maar de eindverantwoordelijkheid berust bij het ministerie. Bovendien betreft deze bevoegdheid de relatie tussen hen beiden – een relatie tussen opdrachtgever en dienstenleverancier – en niet de relatie tussen enerzijds het ministerie en anderzijds het NFI en haar concurrenten.

De minister heeft zeggenschap over de vormgeving van het prijsbeleid van het NFI. Als het prijsbeleid moet worden aangemerkt als misbruikelijk (zie hiervoor in paragraaf 7.4) dan kan verondersteld worden dat de minister deze bepaling overtreedt. Maar vooralsnog is er geen reden te veronderstellen dat inderdaad sprake is van misbruik, met name als in de vormgeving van dat prijsbeleid aan de hiervoor genoemde (en hierna opnieuw aan de orde komende) eisen van transparantie en kostentoerekening wordt voldaan. Ook is er invloed in het aanbod van producten en diensten door het NFI. Ook in die relatie dient de minister te voorkomen dat het NFI misbruik maakt van zijn machtspositie.

Op basis van de beschikbare gegevens lijkt het derhalve vooralsnog niet waarschijnlijk dat de nuttig effect norm wordt overtreden. Opgemerkt zij dat als daarvan wel sprake zou zijn, ook aandacht moet worden besteedt aan een mogelijke rechtvaardiging van het misbruik als het NFI moet worden geacht te zijn belast met een DAEB.

7.6 De relatie tussen overheid en het NFI als mogelijk openbaar bedrijf

In hoofdstuk 4 werd aan de orde gesteld dat de overheid in haar relaties met openbare bedrijven het mededingingsrecht moet respecteren (artikel 106 lid 1 VWEU, dat hierna ook nog aan de orde komt). De overheid mag geen maatregel nemen die het openbaar bedrijf ertoe zet het mededingingsrecht – vooral het verbod van misbruik van machtspositie, maar het kartelverbod is niet uitgesloten – te overtreden.

De vraag is natuurlijk of het NFI als openbaar bedrijf kan worden aangemerkt. Er is geen sprake van dat de overheid de meerderheid van de stemrechten beschikt of over de meerderheid van het kapitaal en de vraag of de overheid de organen van bestuur of toezicht benoemt, is vooralsnog niet helder. Dat noopt tot een voorzichtige conclusie dat het NFI geen openbaar bedrijf is, maar er moet rekening mee worden gehouden dat de voorwaarden niet uitsluiten dat daarbuiten niet ook sprake kan zijn van een openbaar bedrijf: de algemene definitie geeft immers de omschrijving dat er sprake is van een openbaar bedrijf indien de overheid rechtstreeks of middellijk een dominerende invloed kan uitoefenen, mede door 'de desbetreffende regels'. Een functionele uitleg van dit begrip zou meebrengen dat, omdat de minister van V & J grote invloed kan uitoefenen op de vormgeving van de ondernemingsactiviteiten van het NFI, het NFI wél als openbaar bedrijf moet worden aangemerkt. In dat geval dient de minister de randvoorwaarden van dit verbod in acht te nemen. Dit brengt mee dat de minister (de lidstaat) 'doorzichtigheid' dient te verschaffen in de financiële betrekkingen met het NFI door openheid te geven over:

a) de rechtstreekse beschikbaarstellingen van openbare middelen door overheden aan de betrokken bedrijven;
b) de beschikbaarstellingen van openbare middelen door de overheden via openbare bedrijven of financiële instellingen;

c) de daadwerkelijke besteding van deze openbare middelen.[112]

Opgemerkt moet worden dat de relatie tussen de overheid en het NFI, gezien in het licht van de nuttig effect norm, de bepaling over openbare bedrijven en ook de hierna aan de orde zijnde bepalingen over exclusieve rechten en DAEB, geen van alle een precieze 'fit' lijken te vormen met de daarover bekende jurisprudentie. De toepassing van elk van deze bepalingen lijkt te wringen: het is niet ondenkbaar dat zij van toepassing zijn, maar het is zeker niet evident. Dat neemt niet weg dat het Hof van Justitie bekend is om zijn functionele uitleg van de bepalingen het mededingingsrecht, waarbij de effectiviteit van het mededingingsrecht bepalend is. Dat betekent dat het aanbeveling verdient om in overeenstemming te handelen met deze voorschriften, ook als er (gerechtvaardigde) twijfels kunnen bestaan omtrent het kwalificeren van het NFI als openbaar bedrijf.

7.7 Bijzondere en exclusieve rechten, de relatie met DAEB en het NFI

Zoals in hoofdstuk 4 aan de orde gekomen, gelden in de relatie tussen de overheid en ondernemingen aan wie zij een bijzonder of exclusief recht verleent specifieke regels. Ook hier is de normadressaat niet primair het NFI zelf, maar de minister van V&J. Aangezien het NFI juist expliciet *niet* over een exclusief recht tot het verrichten van forensisch onderzoek beschikt (en er evenmin sprake lijkt van een bijzonder recht) lijkt deze bepaling, vastgelegd in Artikel 106 lid 1 VWEU, op het eerste gezicht niet van toepassing. De complicatie is hier dat *de facto* door de SLA aan het NFI wel exclusiviteit wordt verleend. Weliswaar zijn er anderen bevoegd om dezelfde diensten aan te bieden, en zijn de afnemers van die diensten bevoegd deze af te nemen buiten het SLA, maar voor een (groot) deel van de activiteiten die het NFI verricht is sprake van exclusiviteit. De vraag is dus of de praktijk tussen overheid en NFI moet worden gezien als het 'verlenen van' een exclusief recht.

Om te worden aangemerkt als exclusief recht onder artikel 106 lid 1 VWEU moet het recht worden toegekend door de overheid in de hoedanigheid van publiekrechtelijk orgaan. Voor het verlenen van dit exclusieve recht is de overheid echter niet gebonden aan publiekrechtelijke instrumenten, zo kan de overheid bijvoorbeeld ook in de vorm van een contract een exclusief recht toekennen, zij het dat de overheid dit moet doen in haar regulerende – dus niet-commerciële – hoedanigheid.[113] De toekenning van het exclusieve recht moet volgens de juridische definitie afkomstig uit Richtlijnen echter geschieden door middel van 'een wetgevend of bestuursrechtelijk besluit, waarbij voor die onderneming het recht wordt voorbehouden om binnen een bepaald geografisch gebied een dienst te verrichten of een activiteit uit te oefenen'.[114] Dit suggereert een vereiste van expliciete toekenning van het exclusieve recht. Bij gebreke aan concrete juridische en feitelijke indicaties die wijzen op de toekenning van een exclusief recht door de overheid, wordt in dit onderzoeksrapport aangenomen dat aan het NFI geen exclusief recht is toegekend.

Dit laat onverlet dat op zichzelf het verlenen van een exclusief recht is toegestaan, tenzij dit leidt tot misbruik van machtspositie. Bovendien is het zo dat als het exclusief recht wordt verleend

---

[112] Artikel 1, lid 1 Transparantierichtlijn. Meer specifieke bepalingen zijn te vinden in artikel 3 van de Transparantierichtlijn.

[113] Zie M. Szydło, 'The Process of Granting Exclusive Rights in the Light of Treaty Rules on Free Movement', *German Law Journal* 2011-7, p. 1408-1444 op p. 1413 (beschikbaar via http://www.germanlawjournal.org/pdfs/Vol12-No7/PDF_Vol_12_No_07_1408-1445_Articles_Szydlo.pdf); J.L. Buendia Sierra, 'Article 86 – Exclusive Rights and Other Ant-Competitive State Measures', in: J. Faull en A. Nikpay, *The EC Law of Competition*, Oxford: Oxford University Press 1999, p. 282-284.

[114] Artikel 2f van de Richtlijn 2006/111/EG van de Commissie van 16 november 2006 betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven en de financiële doorzichtigheid binnen bepaalde ondernemingen, 17.11.2006 L318/17-24.

aan een onderneming belast met een DAEB deze DAEB als een *rechtvaardiging* kan gelden. Deze rechtvaardiging kan (door de overheid zelf) ook worden ingeroepen in het geval zou moeten worden geconcludeerd dat er sprake is van een overtreding van de nuttig effect norm, of de norm gericht op de relatie tussen overheid en openbaar bedrijf (zie hiervoor, respectievelijk par. 7.5 en 7.6).

Een rechtvaardigingsverweer kan bijvoorbeeld aan de orde zijn voor de uitbreiding van exclusiviteit van de DAEB naar activiteiten die geen DAEB zijn. Ook dat is echter in het geval van NFI irrelevant: het is juist uitdrukkelijk niet de bedoeling dat het NFI als enige forensische diensten commercieel gaat aanbieden aan andere afnemers dan de huidige activiteiten toestaan. Een andere vorm van misbruik die in dit kader van belang is, is misbruik die bestaat uit het voorbehouden van het exclusief recht voor zowel de DAEB als de niet-DAEB, terwijl niet aan de vraag kan worden voldaan. Ook van dit geval is niet direct voorstelbaar dat zich dat in de praktijk gaat voordoen, nu het de afnemers van diensten van het NFI in principe vrij staat elders diensten in te kopen. Dit geldt ook voor de afnemers van producten en diensten binnen de SLA wanneer deze de vraag niet zou dekken.

Als de redenering kan worden gevolgd dat het NFI een (zekere) exclusiviteit toekomt, kan deze exclusiviteit voor zover sprake is van een DAEB hoogstwaarschijnlijk worden gerechtvaardigd. De uitbreiding van exclusiviteit naar niet-DAEB activiteiten (de nieuwe, commerciële activiteiten) is niet aan de orde, nu juist deze activiteiten in concurrentie worden aangeboden.

Een rechtvaardigingsverweer kan eveneens aan de orde zijn indien sprake is van een vorm van misbruik van machtspositie, bijvoorbeeld doordat de prijsstelling van het NFI moet worden gezien als misbruikelijk. Niet alleen voor de boekhouding en het prijsbeleid van een onderneming aan wie een exclusief recht of bijzonder recht toekomt worden randvoorwaarden gesteld als die onderneming daarnaast ook andere activiteiten ontplooit. Ook aan ondernemingen belast met een DAEB gelden deze voorwaarden. Als aan die voorwaarden, die hierna worden behandeld, is voldaan zal niet snel sprake zijn van misbruik, derhalve hoeft aan een rechtvaardiging niet te worden toegekomen.

7.8 Transparantierichtlijn

Uit de transparantierichtlijn en de implementatiebepalingen in de Mededingingswet, beschreven in hoofdstuk 4, vloeit voort dat *ondernemingen* aan wie een bijzonder of exclusief recht is verleend of aan wie een DAEB is opgedragen en hiervoor compensatie ontvangt, aan regels betreffende 'financiële transparantie' moeten voldoen.[115] De normadressaat van de Transparantierichtlijn is de overheid, die hiervoor 'nodige maatregelen' moet treffen. De normadressaat van de implementatiebepalingen in de Mededingingswet zijn de betreffende ondernemingen zelf.

Zoals aangegeven kan wellicht worden betoogd dat sprake is van *de facto* exclusiviteit voor zover het gaat om de activiteiten die door de SLA worden omvat. Dit is voor de toepassing van de transparantieregels op de activiteiten van het NFI minder van belang, aangezien kan worden betoogd dat het NFI is belast met een DAEB (mits aan de voorwaarden zoals hiervoor in hoofdstuk 6 zijn benoemd is voldaan: expliciete opdracht, omschrijving van de DAEB, randvoorwaarden voor levering van de DAEB). Zoals hiervoor is aangegeven is een redenering dat het *geheel* van huidige activiteiten als DAEB moeten worden aangemerkt verdedigbaar, zij het dat het voor enkele specifieke activiteiten deze redenering minder houdbaar zou zijn. Door deze specifieke activiteiten –

[115] Richtlijn 2006/111/EG van de Commissie van 16 november 2006 betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven en e financiële doorzichtigheid binnen bepaalde ondernemingen, PbEU 17.11.2006, L 318/17-25.

zoals, maar niet *per se* gelimiteerd tot het aanbieden van cursussen – kan betoogd worden dat sprake is van 'verschillende activiteiten' en dat de transparantieregels dus toegepast moeten worden. Dit zou zeker het geval zijn indien het NFI nieuwe, commerciële activiteiten zou gaan aanbieden.

Aangezien het te bepleiten is dat het NFI reeds nu 'verschillende' diensten aanbiedt, komen onder de transparantieregels de algemene eisen ten aanzien van de administratie van het NFI in het vizier. Diens administratie moet aan verschillende eisen voldoen:

- de registratie van de lasten en baten van de verschillende activiteiten dient gescheiden zijn;
- alle lasten en baten, op grond van consequent toegepaste en objectief te rechtvaardigen beginselen inzake kostprijsadministratie, dienen correct worden toegerekend;
- de beginselen inzake kostprijsadministratie volgens welke de administratie wordt gevoerd, dienen duidelijk zijn vastgelegd.[116]

De uitzondering voor 'kleine' ondernemingen met een totale netto omzet van minder dan €40 miljoen is op het NFI niet van toepassing. Wel is relevant de uitzondering voor ondernemingen die zijn belast met een DAEB,

> 'indien de overheidssteun in enigerlei vorm, waaronder een subsidie, ondersteuning of compensatie, die zij ontvangen, [is] vastgesteld ingevolge een open, doorzichtige en niet-discriminerende procedure.'[117]

Deze uitzondering houdt in dat als de compensatie voor de DAEB (via de begroting van het ministerie van V&J) via een dergelijke procedure is vastgesteld, het NFI niet aan de transparantieregels hoeft te voldoen. Althans, niet ingevolge deze regelgeving – hierna wordt duidelijk dat er dan weer een andere route is waardoor in essentie dezelfde transparantieregels toch van toepassing zijn. Het is echter de vraag of deze uitzondering van toepassing is; dat lijkt op het eerste gezicht niet het geval te zijn.

Derhalve zijn de regels voor boekhoudkundige scheiding, kostentoerekening en transparante kostensystematiek van toepassing op het NFI.

7.9 Gedragsregels Markt & Overheid

Zoals in hoofdstuk 4 is uiteengezet, gelden de vier gedragsregels uit de wet M&O, geïmplementeerd in de Mededingingswet en per 1 juli 2012 in werking getreden, voor overheden die marktactiviteiten ontplooien.

De regelgeving is enigszins hybride, in die zin dat de 'de overheid' normadressaat is, maar eisen worden gesteld aan de vormgeving van de ondernemingsactiviteiten, waarvan de normadressaat dus in feite 'de onderneming' is. Het algemene uitgangspunt zou nopen tot de conclusie dat de gedragsregels gelden voor de ondernemingsactiviteiten van het NFI. Zoals in hoofdstuk 6 is aangegeven moet er rekening mee worden gehouden dat (een deel van de) activiteiten van het NFI als ondernemingsactiviteiten, en dus als marktactiviteiten, moeten worden aangemerkt. In elk geval zal dit gaan gelden voor eventuele aanvullende, commerciële activieteiten. Dat betekent dat 'de

[116] Artikel 25b Mw.
[117] Artikel 25d lid 1 sub c Mw.

overheid' – *in casu* het ministerie van V&J – in de vormgeving van deze marktactiviteiten van het NFI – haar baten- en lastendienst – de gedragsregels in acht moet nemen.

De gedragsregels vertonen gelijkenis met de hiervoor genoemde transparantieregels, waaronder een systeem van kostentoerekening:

1. de integrale kostprijs (van een dienst of een goed) moet worden doorberekend als de overheid op de markt treedt;
2. er mag geen bevoordeling zijn van het 'eigen' overheidsbedrijf;[118]
3. er mag geen gebruik worden gemaakt van gegevens die de overheid 'als overheid' heeft verkregen voor ondernemingsactiviteiten als die niet ook aan andere ondernemingen beschikbaar kunnen worden gesteld;
4. functievermenging van personen die bestuurlijke en economische activiteiten verrichten, moet worden voorkomen.

Een belangrijke vraag is of op het NFI niet een van de uitzonderingen van toepassing is. Allereerst is van belang de in hoofdstuk 6 reeds gememoreerde uitzondering ten aanzien van 'zelfvoorziening'. De Handreiking Wet Markt en Overheid ('de Handreiking') stelt dat de regels van de wet M&O niet van toepassing zijn als sprake is van levering van diensten binnen de eigen overheidsorganisatie, dus binnen dezelfde rechtspersoon. In dat geval, zo wordt in de Handreiking gesteld, is er geen sprake van een ondernemingsactiviteit, want er is geen sprake van het aanbieden van diensten op een markt.[119] De Handreiking positioneert dit als een beperking van de werkingssfeer van de wet M&O.

Hierbij zijn enkele kanttekeningen te maken: het is de vraag of deze interpretatie van het begrip 'economische activiteit' kan worden volgehouden in het licht van de uitleg van datzelfde begrip door het Hof van Justitie. Het is natuurlijk mogelijk dat dit begrip een verschillende uitleg krijgt voor de regels van de wet M&O, maar voor de hand liggend is dit niet. De precieze invulling van het begrip economische activiteit is zeer sterk afhankelijk van de voorliggende casus. Zoals in hoofdstuk 6 is geconcludeerd, is het de vraag of deze interpretatie van de Handreiking geheel houdbaar is ten aanzien van het NFI. Als dat niet het geval is, is de kans aanwezig dat het NFI inderdaad voor een deel van haar huidige activiteiten reeds als onderneming kan worden aangemerkt. In elk geval geldt de uitzondering niet voor de commerciële, geplande activiteiten.

De regels van de wet M&O zijn evenmin van toepassing, indien sprake is van het aanbieden van diensten door bestuursorganen aan andere bestuursorganen, voor zover deze diensten zijn bestemd voor de uitvoering van een publiekrechtelijke taak. Gesteld kan worden dat de diensten die het NFI levert aan het OM en andere onderdelen van de staat (inclusief de politie) onder deze uitzondering vallen. Op deze specifieke dienstverlening zijn de gedragsregels dan niet van toepassing. Maar let op: de levering van diensten aan anderen dan onderdelen van de staat, zoals de verlening van diensten aan de advocatuur, valt niet onder deze uitzondering. Voor een deel van de huidige activiteiten geldt deze uitzondering derhalve niet. Voor de commerciële, nieuwe, activiteiten gaat zij evenmin op.

De gedragsregels van de wet M&O zijn niet van toepassing op het NFI, indien de staatssteunregels van toepassing zijn (die dan in plaats van de gedragsregels vergelijkbare randvoorwaarden stellen, zie hierna) en indien sprake is van 'economisch activiteiten in het

[118] Waarvan de definitie, zoals aangegeven, afwijkt van de definitie van 'openbaar bedrijf' in de Transparantierichtlijn, zie hiervoor.
[119] Handreiking, p. 6; zie ook p. 23.

algemeen belang', een begrip vergelijkbaar met het begrip DAEB. In het eerste geval vormen de staatssteunregels het kader (zie H8). In het tweede geval dient duidelijk te zijn wat de algemeen belang taak is, voor welke activiteiten zij geldt, hoe de prijsstelling vormgegeven is, de doelgroep en frequentie, en het geografisch bereik.[120]

Ten slotte is de gedragsregel omtrent bevoordeling waarschijnlijk niet van toepassing op het NFI, nu zij niet onder de definitie van overheidsbedrijf lijkt te kunnen worden geschaard.

Deze uitzonderingen leveren per saldo derhalve weinig op: weliswaar zijn niet alle vier gedragsregels op alle activiteiten van toepassing, maar voor een deel van de huidige activiteiten gelden (het merendeel van) de gedragsregels wel. Met name de eis van een transparante kostenstructuur komt steeds terug (zie ook par. 7.8). Of deze gedragsregel geldt via de eisen die gesteld worden aan de uitzondering voor economische activiteiten in het algemeen belang, of zij geldt via de staatssteunregels, of zij geldt voor de activiteiten die niet onder een algemene uitzondering vallen en slaan dan in zekere zin terug op álle activiteiten.

Voor de nieuwe, commerciële activiteiten gelden deze uitzonderingen niet: dit zijn activiteiten die vallen binnen de reikwijdte van de gedragsregels en hiervoor dienen zij derhalve gevolgd te worden. Dat noopt praktisch tot een gescheiden boekhouding, een transparante kostenstructuur, en kostentoerekening voor de niet-DAEB-activiteiten. Een transparante kostenstructuur kan ook op andere wijze voorkomen dat de activiteiten onder de gedragsregels van de wet M&O vallen. In een presentatie, waarin de ACM de wet M&O toelichtte, werden deze regels immers niet van toepassing geacht wanneer sprake is van concurrentievervalsing door te hoge prijzen[121] – hiervan zouden concurrenten van het NFI eerder voordeel dan nadeel ondervinden. Ook dient de gedragsregel met betrekking tot functievermenging te worden nageleefd. Dit betekent dat het ministerie van V&J en het NFI functievermenging tussen het ministerie van V&J en de niet-DAEB en commerciële activiteiten dienen te voorkomen, zodat niet dezelfde personen/secties betrokken zijn bij de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden die invloed kunnen hebben op de forensische markt in den brede en concrete niet-DAEB en commerciële activiteiten van het NFI. Het is niet zozeer het NFI die hier publiekrechtelijke bevoegdheden uitoefent, naast haar economische activiteiten: in dat geval zou de functievermengingseis duidelijk van toepassing zijn. Het is wel verdedigbaar om de personen die bij betrokken zijn bij de vormgeving van de regelgeving en toetsing daarvan ten aanzien van de markt voor forensische dienstverlening niet ook betrokken is bij de vormgeving of uitoefening van de niet-DAEB activiteiten en commerciële activiteiten van het NFI. Hiertoe zou een duidelijke rolbeschrijving van bijvoorbeeld de functie van de coördinator NFI van het ministerie van V&J kunnen dienen.

7.10 Conclusie

De mededingingsregels zijn van toepassing op ondernemingen. Het gaat dan om het kartelverbod, het misbruikverbod en de regels omtrent het concentratietoezicht. Rekening moet worden gehouden met een beoordeling dat (een deel van) de activiteiten van het NFI – en zeker de nieuwe, commerciële activiteiten, als ondernemingsactiviteiten moeten worden aangemerkt. Het NFI is voor deze activiteiten onderneming. Met uitzondering van enkele specifieke activiteiten is zeer wel denkbaar dat het NFI voor deze ondernemingsactiviteiten moet worden aangemerkt als een

[120] Handreiking Wet Markt en Overheid, p. 26.
[121] Zie http://www.beurtvaartadres.nl/sites/default/files/PDF/Presentatie%20NMa%20-%20Ronald%20Timmerman.pdf, geraadpleegd op 14 mei 2013.

onderneming belast met een DAEB, zij het dat deze geëxpliciteerd dient te worden (zie hiervoor H6). Voor de nieuwe, commerciële activiteiten is dat zeer waarschijnlijk niet houdbaar.

Het NFI dient zich derhalve te houden aan het kartelverbod, het verbod op het maken van misbruik van machtspositie en de concentratietoezichtregels. Het is op het eerste gezicht niet duidelijk hoe het kartelverbod of de regels omtrent concentratietoezicht in dit rapport een rol spelen. Hoewel denkbaar is dat het NFI van haar dominante positie – die zij inneemt op de markt voor forensische diensten of deel markten daarvan – kan misbruiken, is er op dit moment geen *directe* aanwijzing dat daarvan sprake is; de regels omtrent het voorkomen van kruissubsidiëring moeten dan wel worden gevolgd. Of sprake is van een essentiële faciliteit waarvan misbruik zou kunnen worden gemaakt zou onderwerp kunnen zijn van nader onderzoek. De uitzondering voor ondernemingen belast met een DAEB is derhalve vooralsnog niet aan de orde ter rechtvaardiging van een mogelijk misbruik.

De regels betreffende de relatie tussen de overheid en ondernemingen zijn eveneens van toepassing. Het is vooralsnog niet duidelijk dat de ‘nuttig effect’-regel zou worden overtreden, hoewel het ministerie van V&J in haar relaties met het NFI en haar concurrenten deze norm in acht dient te nemen. Het NFI kan mogelijkerwijs als openbaar bedrijf worden aangemerkt, in welk geval het ministerie in diens financiële relatie met het NFI transparantie dient te verschaffen. Indien aan de randvoorwaarden van de transparantierichtlijn, de regels van de Wet M&O (en de staatssteunregels, hierna) is voldaan, is het minder voor de hand liggend dat de grenzen van deze regels worden overtreden.

De regels omtrent het verlenen van een exclusief recht, en de rechtvaardiging van dat exclusieve recht (of het misbruik dat daarvan mogelijkerwijs een gevolg is) indien sprake is van een DAEB kunnen relevant zijn. Het is te beargumenteren dat het NFI *de facto* een exclusief recht is verleend voor levering van producten en diensten opgenomen in de SLA. Echter, op basis van de bekende feiten in combinatie met de juridische eisen die gesteld worden aan het verlenen van een exclusief recht dient waarschijnlijk te worden geconcludeerd dat aan het NFI geen exclusief recht is verleend.

Indien het NFI actief wordt op een commerciële markt en daarmee nieuwe activiteiten ontplooit – maar wellicht ook voor de combinatie van de DAEB-activiteiten met de daarvan uitgezonderde activiteiten – dan gelden de regels van de transparantierichtlijn voor die nieuwe activiteiten. De toepassing daarvan betekent echter praktisch gezien dat de gehele boekhouding van het NFI aan deze eisen zal moeten voldoen. De eisen hebben betrekking op een transparante boekhouding, transparante kostensystematiek en kostentoerekening voor de commerciële activiteiten. In essentie gelden vergelijkbare regels vanuit de wet M&O, die in ieder geval voor de commerciële activiteiten en van de niet-DAEB activiteiten gelden.

De conclusie van dit hoofdstuk is derhalve als volgt:

- het NFI dient in een transparante boekhouding te voorzien;
- de boekhouding voor DAEB en niet-DAEB dient gescheiden te zijn;
- er dient een duidelijke en transparante kostensystematiek te worden gebruikt;
- voor de niet-DAEB diensten en eventuele toekomstige commerciële activiteiten geldt dat de integrale kostprijs moet worden berekend;
- de gegevens die het ministerie verkrijgt uit hoofde van haar publiekrechtelijke taak (rechtspraak) moeten, als zij aan het NFI ter beschikking worden gesteld voor

ondernemingsactiviteiten, onder dezelfde voorwaarden ook aan derden beschikbaar worden gesteld;

- het ministerie van V&J en het NFI dienen functievermenging tussen het ministerie van V&J en de niet-DAEB en commerciële activiteiten te voorkomen, zodat niet dezelfde personen/secties betrokken zijn bij de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden die invloed kunnen hebben op de forensische markt in den brede en concrete niet-DAEB en commerciële activiteiten van het NFI.

Hoofdstuk 8 – Toepassing van de staatssteunregels op activiteiten van het NFI

8.1 Inleiding – het volgen van een stappenplan

Indien de staatssteunregels van toepassing zijn op de positie van het NFI, kan een stappenplan worden toegepast dat diverse mogelijkheden biedt om de financiële relatie tussen het ministerie en het NFI 'staatssteun-proof' te maken. Bij de uitwerking van dat stappenplan moet een onderscheid gemaakt worden tussen de huidige situatie van het NFI (zie onder par. 8.2) en de toekomstige, waarbij ruimte wordt gemaakt voor commerciële marktactiviteiten (zie onder par. 8.3).

Vertrekpunt is dat het NFI een jaarlijks bedrag krijgt van het ministerie. Indien er slechts sprake zou zijn van het uitvoeren van overheidsprerogatieven, zijn op die financiële relatie de marktregels niet van toepassing dus ook niet de staatssteunregels. Aangezien naar alle waarschijnlijkheid niet alle huidige activiteiten van het NFI kunnen worden gekwalificeerd als de uitvoering van overheidsprerogatieven en het risico bestaat dat het NFI voor bepaalde activiteiten als een onderneming dient te worden beschouwd, zijn de staatssteunregels wel van toepassing op die financiële relatie. Om die relatie staatssteun-proof te maken zouden het ministerie en het NFI de volgende stappen moeten zetten. Leidraad daarbij is (meer uitgewerkte) transparantie.

8.2 Stappenplan bij de huidige situatie van het NFI

<u>8.2.1 Eerst kijken of bepaalde financiële transacties geen staatssteun zijn in de zin van art. 107 lid 1 VWEU</u>

Voor zover het op basis van de boekhouding van het NFI mogelijk is bepaalde diensten te onderscheiden waarvoor de staat een duidelijke vergoeding betaalt, die geacht kan worden marktconform te zijn, kan gesteld worden dat daarbij geen sprake is van staatssteun. Het is uiteraard niet duidelijk welk deel van de begrotingsgelden kan worden afgesplitst. Voor de verdere stappen die gezet moeten worden kan het van belang zijn of de resterende begrotingsgelden minder of meer dan €15 miljoen bedragen (het maximum bedrag voor de toepasselijkheid van het Vrijstellingsbesluit).

<u>8.2.2 Vervolgens kijken in hoeverre de verschillende staatssteunregels voor DAEB van toepassing zijn op de bestaande activiteiten</u>

Voor zover het niet mogelijk is de eerste stap op een acceptabele wijze toe te passen, kunnen de mogelijke staatssteunaspecten op de bestaande activiteiten van het NFI worden aangepakt door op die activiteiten gezamenlijk de staatssteunregels voor DAEB toe te passen. Begrotingsgelden die aan het NFI worden toegekend ter compensatie van de opgelegde DAEB kunnen: (a) onder toepassing van de vier Altmarkcriteria beschouwd worden als geen staatssteun; (b) onder toepassing van het Vrijstellingsbesluit voor DAEB en staatssteun beschouwd worden als staatssteun die niet behoeft te worden aangemeld en (c) onder toepassing van de Kaderregeling voor DAEB en staatssteun als staatssteun die wel moet worden aangemeld maar door de Commissie verenigbaar wordt verklaard met de interne markt.

8.2.3 Twee stappen die vooraf gezet moeten worden

Voordat gekeken wordt of de Altmarkcriteria kunnen worden toegepast of gekeken moet worden naar het Vrijstellingsbesluit of de Kaderregeling, moeten vooraf twee stappen gezet worden.

Ten eerste moet het ministerie de bestaande activiteiten van het NFI expliciet aanmerken als een DAEB. Deze stap moet worden gezet voordat wordt gekeken naar de toepassing van de Altmarkcriteria. Daarbij moet sprake zijn van marktactiviteiten die door ondernemingen, die alleen naar de signalen van de markt kijken, niet of niet toereikend verricht zouden worden (marktfalen). In niet-economische termen: het ministerie moet eerst een rugzak maken die het NFI krijgt omgehangen.

Ten tweede, omdat de vraag aan de orde is of het NFI in de toekomst ruimte heeft voor commerciële activiteiten, moet een duidelijke boekhoudkundige scheiding worden gemaakt tussen activiteiten die een DAEB zijn en commerciële activiteiten. Voor zover het NFI compensatie krijgt voor de DAEB moet voorkomen worden dat die compensatie terecht komt bij de commerciële activiteiten. Als wordt aangenomen dat alle bestaande activiteiten kunnen worden aangemerkt als DAEB, moet die scheiding dus worden gemaakt tussen de bestaande activiteiten en de toekomstige commerciële. Het is uiteraard niet uitgesloten desgewenst bepaalde huidige activiteiten, die commercieel geacht kunnen worden, ook al af te splitsen van de DAEB- activiteiten.

8.2.4 Er moet in ieder geval voldaan worden aan de eerste drie Altmarkcriteria

Omdat in het Vrijstellingsbesluit en in de Kaderregeling voor DAEB en staatssteun ook de eerste drie Altmarkcriteria gesteld worden, moet in ieder geval aan die drie criteria worden voldaan. Dit onderzoeksrapport laat buiten beschouwing dat sommige criteria in het Vrijstellingsbesluit en de Kaderregeling verder zijn uitgewerkt.

1. *Het NFI moet door het ministerie daadwerkelijk belast worden met de duidelijk omschreven DAEB*

Dit is het eerste Altmarkcriterium. Het belasten moet plaats vinden via een duidelijk besluit. Het NFI moet expliciet de rugzak worden opgehangen.

2. *De criteria op basis waarvan de compensatie wordt berekend moeten vooraf op objectieve en doorzichtige wijze zijn vastgesteld*

Dit is het tweede Altmarkcriterium. Het ministerie moet duidelijk aangeven welke activiteiten en kosten die het NFI verricht aan de orde zijn bij de DAEB. In niet-economische termen: het moet duidelijk zijn wat er in de rugzak van het NFI zit.

3. *De compensatie mag niet hoger zijn dan nodig is om de kosten van de uitvoering van de DAEB geheel of gedeeltelijk te dekken, rekening houdend met de opbrengsten en een redelijke winst.*

Het ministerie moet duidelijk maken dat de compensatie voor de DAEB niet meer is dan het gewicht van de rugzak. Daarbij moet voorzien zijn in duidelijke controle achteraf en een regeling waarbij overcompensatie wordt terugbetaald.

8.2.5 Kijken of onder toepassing van Altmark voorkomen kan worden dat er sprake is van staatssteun

Aangenomen dat het ministerie aan de tot nu toe gestelde eisen heeft voldaan, kan bezien worden of op de DAEB-activiteiten van het NFI alle vier de Altmarkcriteria van toepassing zijn, zodat er geen

sprake is van staatssteun. In dat geval moet aanvullend aan het vierde Altmarkcriterium worden voldaan. Omdat het ministerie de DAEB niet via aanbesteding aan het NFI kan toebedelen, komt het vierde Altmarkcriterium op het volgende neer:

4. *De compensatie die aan het NFI kan worden toegekend moet worden vastgesteld aan de hand van de kosten die een gemiddelde goed beheerde onderneming belast met de DAEB zou hebben gemaakt, rekening houdend met de opbrengsten en een redelijke winst*

Als het ministerie en het NFI aan deze eis zouden kunnen voldoen, kan gesteld worden dat de begrotingsgelden die betrekking hebben op de DAEB-activiteiten geen staatssteun bevatten en dus Europa-proof zijn. Als het niet mogelijk is op een aannemelijke wijze aan deze eis te voldoen, kunnen de volgende stappen gezet worden.

<u>8.2.6 Kijken of onder toepassing van het Vrijstellingsbesluit voor DAEB en staatssteun voorkomen kan worden dat er sprake is van staatssteun die moet worden aangemeld</u>

Zoals gezegd, is het Vrijstellingsbesluit voor DAEB en staatssteun van toepassing op DAEB-compensatie van maximaal €15 miljoen. Als er bij het NFI sprake zou zijn van een hoger bedrag aan compensatie, kan deze Vrijstelling dus niet worden toegepast. Wanneer zij wel kan worden toegepast moet bij de uitwerking van de eerste drie Altmarkcriteria rekening gehouden worden met de meer gedetailleerde eisen die in het Vrijstellingsbesluit worden gesteld.

Als het Vrijstellingsbesluit niet kan worden toegepast op de situatie van het NFI, biedt het stappenplan nog een volgende mogelijkheid om elementen van staatssteun Europaproof te maken.

<u>8.2.7 Kijken of onder toepassing van de Kaderregeling voor DAEB en staatssteun de staatssteun zo kan worden aangemeld dat de Commissie deze zal goedkeuren</u>

Als zou blijken dat de DAEB-compensatie voor het NFI meer bedraagt dan €15 miljoen moet het ministerie de Kaderregeling toepassen om goedkeuring van de Commissie te verkrijgen. Gezien de vergaande uitwerking van de Altmarkcriteria voor het voorkomen van overcompensatie, vraagt dat om een zeer vergaande boekhoudkundige uitwerking van de activiteiten en financiën van het NFI.

8.3 Stappenplan bij de toekomstige commerciële activiteiten

Zoals gezegd, kan worden bepleit dat de huidige activiteiten van het NFI tezamen kunnen worden beschouwd als DAEB. Deze uitzondering geldt echter niet voor toekomstige commerciële activiteiten. Bij de beantwoording van de vraag hoe de toekomstige commerciële activiteiten van het NFI zich verdragen met de Europese regels van staatssteun moeten twee stappen worden onderscheiden.

<u>8.3.1 Het voorkomen van staatssteun bij de commerciële activiteiten</u>

Dat er bij de toekomstige commerciële activiteiten van het NFI sprake zou kunnen zijn van staatssteun, kan voorkomen worden als aan de volgende twee stappen wordt voldaan.

1. *De boekhoudkundige scheiding ten opzichte van DAEB-activiteiten*

Zoals gezegd, moet voorkomen worden dat compensatiegelden voor DAEB-activiteiten terecht komen bij de commerciële activiteiten van het NFI, want dan is er op dat terrein sprake van concurrentievervalsing.

2. *Duidelijke scheiding tussen de begrotingsgelden en de commerciële activiteiten*

Zoals gezegd, doen zich problemen van staatssteun voor wanneer begrotingsgelden terecht komen bij een onderneming. Om die problemen te voorkomen bij commerciële activiteiten is het gewenst ook hier een duidelijke scheiding aan te brengen.

8.3.2 Eventuele mogelijkheden van toelaatbare staatssteun bij commerciële activiteiten

In de onderzoeksopdracht wordt niet gevraagd om een antwoord te geven op de vraag in hoeverre het ministerie staatssteun zou kunnen geven voor de toekomstige commerciële activiteiten van het NFI. Ter afronding van dit stappenplan en in aansluiting op de beschrijving van de toepasselijke staatssteunregels, wordt hier wel gewezen op de mogelijkheden die bestaan om bepaalde commerciële activiteiten van het NFI te stimuleren als het ministerie dat zou wensen. In dat geval zijn de gewone staatssteunregels van toepassing en die bieden het ministerie de mogelijkheid om met name onder toepassing van de Algemene groepsvrijstellingsverordening bepaalde activiteiten op het gebied van R&D te stimuleren met staatssteun die niet behoeft te worden aangemeld. De genoemde communautaire kaderregeling inzake staatssteun voor onderzoek, ontwikkeling en innovatie biedt de mogelijkheid een steunmaatregel zo vorm te geven dat de Commissie deze verenigbaar met de interne markt zal verklaren. Mocht het ministerie in de toekomst bepaalde commerciële activiteiten van het NFI willen stimuleren dan bieden de Europese staatssteunregels dus zeker mogelijkheden. Maar die zullen dan door Europees commissaris Joaquín Almunia wel geactualiseerd zijn.

8.4 Conclusie

Om de financiële relatie tussen het ministerie en het NFI staatssteun-proof te maken, kan voor de ondernemingsactiviteiten van het NFI een stappenplan worden gevolgd. Bij de toepassing hiervan speelt een grote rol of een bepaalde ondernemingsactiviteit van het NFI als DAEB kan worden aangemerkt. Voor activiteiten waarvoor dit het geval is, is een ander regime van staatssteunregels van toepassing. Voor ondernemingsactiviteiten die niet als DAEB kunnen doorgaan geldt het reguliere staatssteunregime.

Voordat het DAEB-regime kan worden toegepast, moet gekeken worden of het ministerie van V&J de bestaande activiteiten van het NFI expliciet heeft aangemerkt als DAEB. Daarnaast is een duidelijke boekhoudkundige scheiding vereist tussen begrotingsgelden, DAEB en andere activiteiten waarbij een kwalificatie als DAEB niet of moeilijk houdbaar is. Het is voor de huidige activiteiten van het NFI nog maar de vraag of hieraan is voldaan. Het verdient daarom aanbeveling dat het NFI en het ministerie van V&J aandacht besteden aan het volgen van het stappenplan. Deze noodzaak wordt vanuit staatssteunrechtelijk perspectief dringender wanneer in de toekomst ook diensten en producten door het NFI aan commerciële derden worden aangeboden.

Hoofdstuk 9 – Conclusie: bevindingen en advies

9.1 Inleiding

In het onderhavige rapport is een analyse gemaakt van de mogelijke toepasselijkheid van de mededingingsregels, de staatssteunregels en de wet Markt en Overheid en de consequenties daarvan voor de bestaande en (mogelijke) toekomstige activiteiten van het NFI. Deze analyse wordt gecompliceerd doordat een gedetailleerde feitelijke analyse van deze activiteiten binnen het bestek van dit rapport niet mogelijk is. Bovendien betreft het een terrein waar diverse concepten zeer casuïstisch door het Hof van Justitie zijn uitgewerkt en nog niet volledig zijn uitgekristalliseerd. Dit heeft tot gevolg dat niet met zekerheid is vast te stellen wat de mogelijke mededingingsrechtelijke risico's zijn. In dit concluderende hoofdstuk worden evenwel aanbevelingen gegeven, die deze risico's aanzienlijk verminderen dan wel vrijwel geheel kunnen uitsluiten.

9.2 Overheidsprerogatief

Op grond van de huidige Regeling Taken NFI valt te bepleiten dat het merendeel van de activiteiten van het NFI is aan te merken als een overheidsprerogatief. Immers, het overgrote deel van de diensten hangt samen met de uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag. Het feit dat het NFI in beperkte mate is toegestaan betalende klanten te bedienen, zou niet aan deze conclusie in de weg behoeven te staan om vanuit de organisatorische benadering het *geheel* van de activiteiten onder de uitzondering van het overheidsprerogatief te laten vallen. Bij een functionele benadering dient per activiteit een beoordeling te worden gemaakt. Het lijkt eveneens logisch te veronderstellen dat ook vanuit de functionele benadering de uitzondering van het overheidsprerogatief voor het merendeel van de activiteiten kan worden bepleit. Immers, het NFI verricht zijn taken (grotendeels) ten dienste van de waarheidsvindingstaken van politie, OM en rechterlijke macht in de strafrechtketen. Een precieze kwalificatie per activiteit valt evenwel buiten het bestek van deze onderzoeksopdracht. De *toekomstige, commerciële* activiteiten zijn aan te merken als ondernemingsactiviteit.

Voor deze conclusie is van belang dat reeds een hybride situatie is ontstaan, bij de regulering van de forensische markt. Immers, niet alleen is het NFI in beperkte mate toegestaan aan betalende derden te leveren, maar is er ook concurrentie geïntroduceerd door het toestaan van pilots. Zolang deze commerciële activiteiten nog slechts een beperkt deel van de diensten van het NFI uitmaken, kan worden bepleit dat het geheel van haar activiteiten nog onder het overheidsprerogatief valt of dat de niet-economische activiteiten kunnen worden afgesplitst van de economische activiteiten. Indien het NFI in de toekomst zou worden toegestaan meer in concurrentie met derden te gaan aanbieden, is de kans aanzienlijk groter dat het mededingingsrecht en staatssteunrecht volledig van toepassing is.

9.3 Onderneming en DAEB

Voor elk van de activiteiten van het NFI dient te worden vastgesteld of zij ondernemingsactiviteiten zijn. Daarbij dient de context van elk van die activiteiten te worden betrokken; een exercitie die

buiten het bestek van dit onderzoek valt. Rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid dat de activiteiten die het NFI uitoefent voor een deel zullen moeten worden aangemerkt als *ondernemingsactiviteiten*, voor zover zij niet onder de uitzondering van het overheidsprerogatief vallen. Voor die economische activiteiten zou dan het mededingingsrecht en het staatssteunrecht gelden.

Voor ondernemingen belast met een *dienst van algemeen economisch belang* ('DAEB') gelden uitzonderingen op de mededingingsregels, specifieke eisen onder de regels van de transparantierichtlijn, de wet Markt en Overheid en een eigen staatssteunregime. Betoogd zou kunnen worden dat het NFI voor het geheel aan huidige activiteiten een dienst van algemeen economisch belang uitoefent, hoewel dat voor enkele activiteiten lastiger is vol te houden. Dat zij is 'belast met' deze dienst, waar deze precies uit bestaat en aan welke eisen deze dienstverlening moet voldoen dient explicieter in de wettelijke regelingen te worden benoemd. De volgende aanbevelingen worden aangereikt, om met een grotere kans van slagen een beroep op DAEB te kunnen doen:

- Het ministerie van V&J dient duidelijk te maken met welke DAEB het NFI is belast, waarom dit als DAEB moet worden aangemerkt, waaruit deze DAEB bestaat en onder welke randvoorwaarden zij dient te worden aangeboden;
- Het ministerie van V&J dient het NFI met deze DAEB daadwerkelijk te belasten.

9.4 Mededingingsregels

Een onderscheid is gemaakt tussen de regels die van toepassing zijn op ondernemingen en die van toepassing zijn op de overheid in diens relatie met ondernemingen. De normadressaat van de eerste groep is het NFI, voor zover zij inderdaad als onderneming moet worden aangemerkt voor verschillende van haar activiteiten. De normadressaat van de tweede groep is primair de overheid, in dit geval waarschijnlijk het Ministerie van V&J, met een effect op (met name) de boekhouding en transparantie van prijssystematiek van de onderneming zelf.

De mededingingsregels die van toepassing zijn op ondernemingen zijn het kartelverbod, het misbruikverbod en de regels omtrent het concentratietoezicht. Rekening dient te worden gehouden met een beoordeling dat (een deel van) de activiteiten van het NFI – en zeker de nieuwe, commerciële activiteiten, als ondernemingsactiviteiten moeten worden aangemerkt. Het NFI is voor deze activiteiten onderneming. Het NFI dient zich derhalve te houden aan het kartelverbod, het verbod op het maken van misbruik van machtspositie en de concentratietoezichtregels. Het is op het eerste gezicht evenwel niet duidelijk hoe het *kartelverbod* of de regels omtrent c*oncentratietoezicht* in dit rapport een rol spelen. Hoewel denkbaar is dat het NFI van haar *dominante positie* – die zij inneemt op de markt voor forensische diensten of deel markten daarvan – kan misbruiken, is er op dit moment geen directe aanwijzing dat daarvan sprake is; de regels omtrent het voorkomen van kruissubsidiëring moeten dan wel worden gevolgd. Of sprake is van een essentiële faciliteit waarvan misbruik zou kunnen worden gemaakt zou onderwerp kunnen zijn van nader onderzoek. De uitzondering voor ondernemingen belast met een DAEB is derhalve vooralsnog niet aan de orde ter rechtvaardiging van een mogelijk misbruik.

De regels betreffende de relatie tussen de overheid en ondernemingen zijn eveneens van toepassing als het NFI ondernemingsactiviteiten uitoefent. Het is vooralsnog niet direct duidelijk dat de *nuttig effect-regel* zou worden overtreden, hoewel het ministerie van V&J in haar relaties met het

NFI en haar concurrenten deze norm in acht dient te nemen. Wel dient de overheid in de relatie met het NFI ervoor te zorgen dat kruissubsidie wordt voorkomen, en dat ook op geen andere wijze door het NFI misbruik wordt gemaakt van diens machtspositie. Het NFI kan mogelijkerwijs als *openbaar bedrijf* worden aangemerkt, in welk geval het ministerie in diens financiële relatie met het NFI transparantie dient te verschaffen, ingevolge de regels van de Transparantierichtlijn. Indien aan de randvoorwaarden van de transparantierichtlijn, de regels van de Wet Markt en Overheid (en de staatssteunregels, hierna) is voldaan, is het minder voor de hand liggend dat de grenzen van deze regels worden overtreden.

De regels omtrent het verlenen van een *exclusief recht*, en de rechtvaardiging van dat exclusieve recht (of het misbruik dat daarvan mogelijkerwijs een gevolg is) indien sprake is van een DAEB kunnen relevant zijn. Het is te beargumenteren dat het NFI *de facto* een exclusief recht is verleend voor levering van producten en diensten opgenomen in de SLA. Echter, op basis van de bekende feiten in combinatie met de juridische eisen die gesteld worden aan het verlenen van een exclusief recht, dient waarschijnlijk te worden geconcludeerd dat aan het NFI geen exclusief recht is verleend.

Indien het NFI actief wordt op een commerciële markt en daarmee nieuwe activiteiten ontplooit – maar ook voor de combinatie van de DAEB-activiteiten met de daarvan uitgezonderde activiteiten – dan gelden de regels van de *Transparantierichtlijn* voor die uitgezonderde en nieuwe activiteiten. De toepassing daarvan betekent echter praktisch gezien dat de gehele boekhouding van het NFI aan deze eisen zal moeten voldoen. De eisen hebben betrekking op een transparante boekhouding, transparante kostensystematiek en kostentoerekening voor de commerciële activiteiten. In essentie gelden vergelijkbare regels vanuit de wet Markt en Overheid, die in ieder geval voor de commerciële activiteiten en van de niet-DAEB activiteiten gelden.

Het voorgaande leidt tot de volgende aanbevelingen:

- het NFI dient in een transparante boekhouding te voorzien;
- de boekhouding van het NFI voor DAEB en niet-DAEB dient gescheiden te zijn;
- er dient een duidelijke en transparante kostensystematiek te worden gebruikt;
- voor de niet-DAEB diensten en toekomstige commerciële activiteiten geldt dat de integrale kostprijs moet worden berekend;
- het ministerie dient transparant te zijn over de financiële relaties met het NFI;
- de gegevens die het ministerie verkrijgt uit hoofde van haar publiekrechtelijke taak (rechtspraak) moeten, als zij aan het NFI ter beschikking worden gesteld voor ondernemingsactiviteiten, onder dezelfde voorwaarden ook aan derden beschikbaar worden gesteld;
- het ministerie van V&J en het NFI dienen functievermenging tussen het ministerie van V&J en de niet-DAEB en commerciële activiteiten te voorkomen, zodat niet dezelfde personen/secties betrokken zijn bij de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden die invloed kunnen hebben op de forensische markt in den brede en concrete niet-DAEB en commerciële activiteiten van het NFI.

9.5 Staatssteunregels

Om de financiële relatie tussen het ministerie en het NFI staatssteun-proof te maken, kan voor de ondernemingsactiviteiten van het NFI een stappenplan worden gevolgd. Bij de toepassing hiervan speelt een grote rol of een bepaalde ondernemingsactiviteit van het NFI als DAEB kan worden aangemerkt. Voor activiteiten waarvoor dit het geval is, is een ander regime van staatssteunregels van toepassing. Voor ondernemingsactiviteiten die niet als DAEB kunnen doorgaan geldt het reguliere staatssteunregime.

Voordat het DAEB-regime kan worden toegepast, moet gekeken worden of het ministerie van V&J de bestaande activiteiten van het NFI expliciet heeft aangemerkt als DAEB. Daarnaast is een duidelijke boekhoudkundige scheiding vereist tussen begrotingsgelden, DAEB en andere activiteiten, waarvoor een kwalificatie als DAEB niet of moeilijk houdbaar is. Het is voor de huidige activiteiten van het NFI nog maar de vraag of hieraan is voldaan. Het verdient daarom aanbeveling dat het NFI en het ministerie van V&J aandacht aan het stappenplan besteden. Deze noodzaak wordt vanuit staatssteunrechtelijk perspectief dringender wanneer in de toekomst ook diensten en producten door het NFI aan commerciële derden worden aangeboden.

9.6 Conclusie

Vanuit het mededingingsrecht en staatssteunrecht staat het de Staat geheel vrij te besluiten het NFI toe te staan commerciële activiteiten te gaan ontplooien. Dit zal even wel betekenen dat niet alleen kritischer de huidige diensten van NFI vanuit het mededingings- en staatssteun regime zullen worden bezien, maar ook dat een meer hybride juridische situatie ontstaat. Door de toevoeging van deze activiteiten kan een verwatering van de kernactiviteiten met de andere commerciële activiteiten plaatsvinden, waardoor de mededingingsrechtelijke en staatsteunrechtelijke risico's toenemen. Kort samengevat kunnen deze risico's worden voorkomen door een strikte (boekhoudkundige) scheiding tussen de kernactiviteiten en overige activiteiten aan te brengen en volledige transparantie ten aanzien van kosten en kostentoerekening door te voeren.

Bijlage I

Onderzoeksteam

De onderzoekers betrokken bij onderhavig onderzoeksrapport zijn allen aangesloten bij het Europa Instituut van de Universiteit Utrecht.[122] Het team bestaat uit:

Professor mr. A.T. Ottow (coördinator)

Professor Annetje Ottow is per 1 augustus 2007 benoemd tot hoogleraar Economisch Publiekrecht aan het Europa Instituut van de Universiteit Utrecht. Daarnaast was zij per 1 april 2006 tot de instelling van de Autoriteit Consument en Markt op 1 april 2013 werkzaam als bestuurslid (lid van het college) van het zelfstandig bestuursorgaan OPTA. Professor Ottow's onderzoeksbelangstelling ligt op het gebied van regulering en handhaving (markt en overheid), in het bijzonder het Europese recht, mededingingsrecht en het toezicht op gereguleerde sectoren.

Dr. mr. A. Gerbrandy

Dr. Anna Gerbrandy is universitair hoofddocent Economisch Publiekrecht aan het Europa Instituut van de Universiteit Utrecht. In haar proefschrift (*cum laude*) behandelde zij de convergentie in het mededingingsrecht en meer specifiek de invloed van EG-recht op de materiële toepassing, toegang, bewijs en toetsing bij de Nederlandse mededingingsbestuursrechter. Naast haar aanstelling bij de Universiteit Utrecht is zij raadsheer-plaatsvervanger bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven.

Professor mr. B. Hessel

Professor Bart Hessel is sinds 1998 bijzonder hoogleraar Europees recht en decentrale overheden aan het Europa Instituut van de Universiteit Utrecht. Onderzoek heeft overwegend betrekking op de doorwerking van het Europese recht naar decentrale overheden en de mogelijke invloed van decentrale overheden op de Europese besluitvorming. Naast zijn aanstelling bij de Universiteit Utrecht is professor Hessel onder meer plaatsvervangend raadsheer in het College van Beroep voor het bedrijfsleven, wetenschappelijk adviseur van het Kenniscentrum Europa decentraal en redacteur van verschillende zowel wetenschappelijke als praktijkgerichte vakbladen

Professor mr. E.R. Manunza

Het onderzoek van professor Elisabetta Manunza richt zich op het Europees economisch recht. Behalve de materiële aspecten staan in haar onderzoek tevens de institutionele aspecten van het Europees recht centraal. Voor het terrein van het Europees aanbestedingsrecht, het rechtsgebied waarop haar onderzoek zich de afgelopen jaren heeft geconcentreerd, ontving zij in 2002 een prijs voor excellente en innovatieve onderzoekers van de NWO in de VENI-categorie.

A.E.M. Mombers

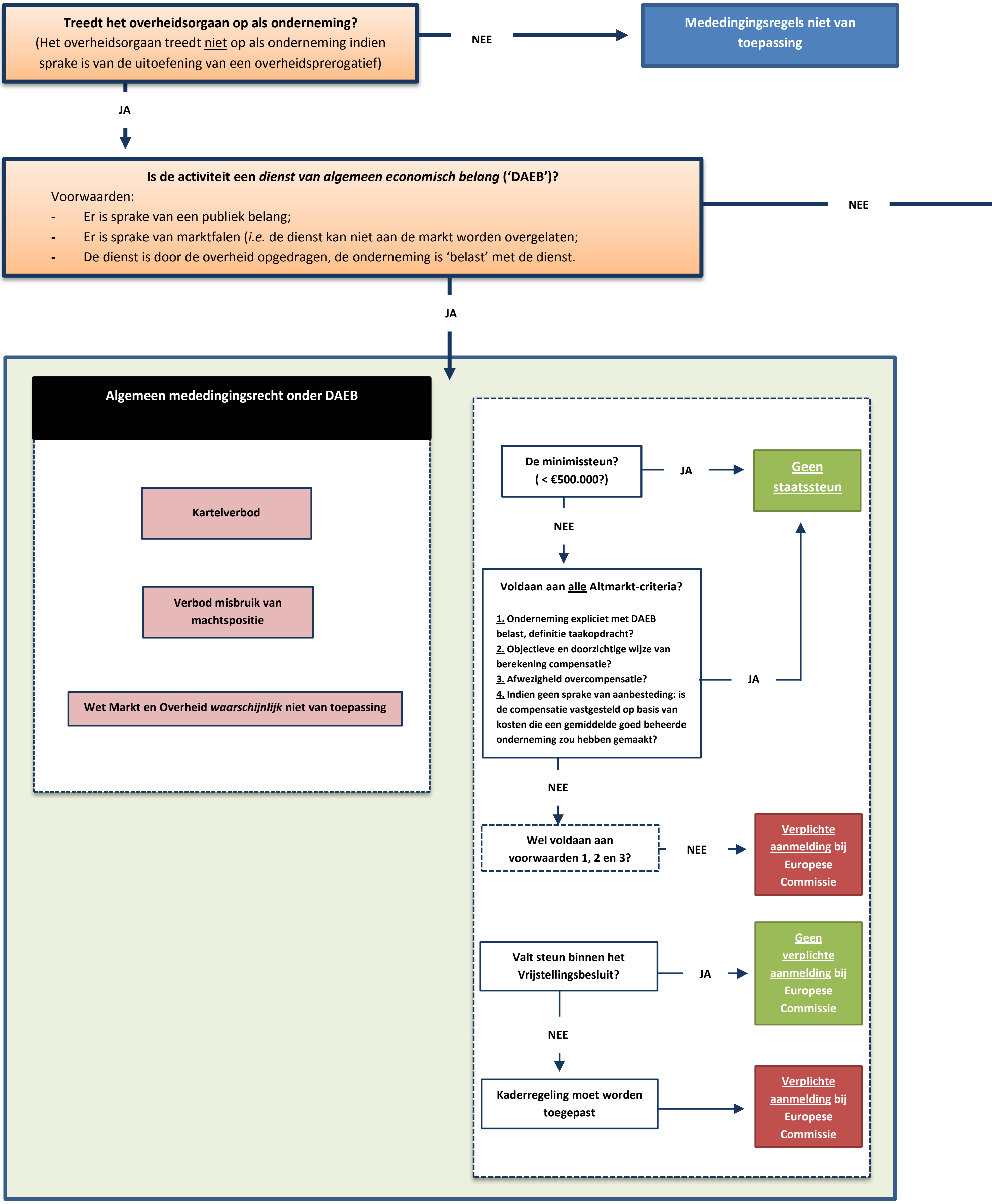
Arne Mombers is als student-assistent aangesloten bij de sectie Economisch Publiekrecht van het Europa Instituut. Hij neemt deel aan de Legal Research Master aan de Universiteit Utrecht, waarin hij een mededingingsrechtelijk profiel heeft ontwikkeld.

[122] Zie ook http://www.uu.nl/faculty/leg/NL/organisatie/departementen/departementrechtsgeleerdheid/organisatie/onderdelen/europainstituut/medewerkers/Pages/default.aspx.

Universiteit Utrecht

Bijlage II

Beslisschema toepasselijk mededingingsrecht per activiteit van overheidsorgaan



Universiteit Utrecht

Beslisschema toepasselijk mededingingsrecht per activiteit van overheidsorgaan

(vervolg)

